



Universidad
de Alcalá

Máster Universitario

Acceso a la Profesión de Abogado

**LA REGULACIÓN DE LA DIFAMACIÓN Y LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA
PERSONALIDAD EN EL SISTEMA JUDICIAL
EUROPEO**

*The Regulation of the defamation and the protection of the personality rights in the
European judicial system*

Autor/a: D. FRANCISCO JOSÉ ZAPATA FERNÁNDEZ

Tutor/a: Dra. D^a MONTSERRAT GUZMÁN PECES

Alcalá de Henares, a 6 de febrero de 2018

RESUMEN

El presente trabajo es un análisis de los litigios internacionales sobre lesiones contra los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el ámbito judicial europeo, así como la regulación que realiza nuestro ordenamiento al respecto.

En primer lugar, se realiza una contextualización, exponiendo los conceptos básicos que componen estos derechos, y las grandes diferencias que existen entre los ordenamientos nacionales. Además, se presenta la eterna confrontación entre estos derechos y la libertad de expresión, cuya ponderación será clave para el resultado del litigio. También se enumeran y estudian las principales medidas para su tutela que existen en el ámbito de la Unión Europea.

En segundo lugar, se examina el plano del derecho procesal internacional que rodea a este tipo de lesiones: ¿Qué jurisdicción es competente de conocer según el supuesto?, ¿Ante que tribunales se puede demandar?, ¿Qué eficacia extraterritorial tienen las decisiones de tribunales nacionales en otros Estados? De esta manera se recorren las principales normas que en el plano competencial europeo afectan a estos derechos.

En tercer y último lugar, se efectúa una aproximación al concepto de Derecho aplicable, pues el tribunal nacional encargado de conocer no tiene necesariamente que aplicar el ordenamiento de su Estado, sino que puede resultar de aplicación por diferentes motivos otro Derecho extranjero. En este apartado se observa la exclusión de esta materia del Reglamento de Roma II, y como esto provoca que tengan que ser los ordenamientos nacionales los encargados de, según su sistema de Derecho Internacional Privado, establecer qué Derecho es de aplicación. Todo el trabajo está realizado prestando especial atención a la gran revolución que ha supuesto la entrada de Internet como medio de difusión. También se analiza el nuevo concepto del derecho al olvido en la Red mediante la jurisprudencia tanto de tribunales nacionales como internacionales, con especial atención a la sentencia sobre el asunto *Google Spain*.

Además del análisis puro de este tipo de litigios jurídicos, el trabajo cuenta con reflexiones de carácter personal del autor que podrán ayudar al lector a formar una opinión crítica sobre este asunto, que no está exento de disputas, polémica, y posiciones enfrentadas.

Palabras clave. Derechos personalidad, competencia judicial internacional, Reglamento Bruselas I *bis*, Foros de competencia, Derecho aplicable.

ABSTRACT

This paper talks about the general study of the assumptions of injuries against honor and own image rights in European judiciary scope, and about the treatment of this subject in our own legal system.

Firstly, it is made a summary, showing the basic concepts, which take part of this rights, and the huge differences that exist between legal systems, including the European. In addition, it is presented the everlasting confrontation between these rights and the expression freedom, which weighing will be decisive in the result of the lawsuit. The main actions for their tutelage in European union scope, are also enumerated and studied.

Secondly, it is reviewed the international procedural law, which surround this kind of injuries. Which legal system is competent to know about any matter? Under which competence forum it is possible to demand? Which extraterritorial efficiency do the decisions of national judges inside European Union have? In this way, it is made a research about the main rules that affect these rights in European componential scene.

Finally, it is made a study about the concept of “applicable law”, typical of International Law, because national judges who knows about a subject, don’t necessarily have to apply national laws, due to the possibility of applying an International Law by different reasons. In this part, it is showed the exclusion of “Rome Regulation II”, and how this makes that national legal systems must handle, depending on the Private International Law system, which laws are applicable. The whole paper is made, paying attention to the huge revolution that the entrance of Internet as a way of diffusion, has supposed.

Moreover, the pure analysis of this type of legal lawsuits, this paper contains personal reflexions, which will help the reader to form a critical opinion about this subject, that has quarrelling, controversy and opposing positions.

Key words: Rights related to personality, International jurisdiction, Regulation Brussels I *bis*, Jurisdiction forum, Applicable law.

ABREVIATURAS

Art. (s): Artículo(s)

CE: Constitución Española

CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos

LO: Ley (es) Orgánica (s)

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

op. cit.: Obra Citada

p. / pp.: Página (s)

RBI/RBI *bis*: Reglamento de Bruselas I/Reglamento de Bruselas I *bis*

RRI: Reglamento de Roma I

RRII: Reglamento de Roma II

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STGI de París: Sentencia del Tribunal de *Grande Instance* de París

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TGI de París: Tribunal de *Grande Instance* de París

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

ÍNDICE

I INTRODUCCIÓN	9
II DEFINICIÓN DE CONCEPTOS	10
III LÍMITES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN	13
IV CALIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL	17
V DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL.....	20
1.COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	20
1.1 Reglamento de Bruselas I bis	21
1.2 Artículo 22 quinquies Ley Orgánica Poder Judicial	24
2.FOROS DE COMPETENCIA.....	24
2.1 Foro del domicilio del demandado.....	24
2.2 Foros especiales del artículo 7	26
2.3 Foro general de la sumisión expresa y tácita.....	33
2.4 Medidas provisionales y cautelares.....	34
VI RECONOCIMIENTO EXTRATERRITORIAL Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS ACCIONES DE PROHIBICIÓN Y CESACIÓN, SUPRESIÓN DEL EXEQUATUR Y EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO	37
1.Órdenes de prohibición y cesación.....	39
2.Supresión del exequátur y excepción de orden público	42
VII LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS ONLINE	45
1.Responsabilidad extracontractual.....	46
2.Responsabilidad contractual.....	48
3.Contratos de consumo	51
VIII DERECHO APLICABLE	53
1.EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL REGLAMENTO DE ROMA II.....	53
2.REGLAMENTO DE ROMA I	56
3.APLICACIÓN DE LA NORMA DE FUENTE INTERNA. EL ARTICULO 10.9 DEL CODIGO CIVIL	57

4.MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	
.....	61
5.ARMONIZACIÓN MATERIAL EUROPEA COMO PERSPECTIVA DE MEJORA	
.....	65
IX COMENTARIO SENTENCIA GOOGLE SPAIN. DERECHO AL OLVIDO EN	
INTERNET.....	68
X CONCLUSIONES.....	73
XI BIBLIOGRAFÍA.....	76

I INTRODUCCIÓN

En el plano del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, los derechos de la personalidad son un tema complicado y no exento de opiniones dispares. Estos derechos que afectan a la vida íntima de la persona se enmarañan cuando entra en juego algún elemento de extranjería que eleve el litigio al plano internacional. Así, el proceso judicial que *a priori* es sencillo de resolver en el plano nacional se vuelve difícil y enredoso en el plano internacional por motivos de normas de competencias y reglas para determinar la ley aplicable al caso. Incluso dentro del seno de la Unión Europea, entre Estados miembros, está dificultad añadida está muy presente. En este trabajo nos encargaremos de descubrir los motivos que dan lugar a esta situación, recorreremos las normas de competencia para averiguar ante qué tribunal podemos interponer demanda, observamos las reglas que establecen que derecho es de aplicación, atenderemos a las acciones de tutela de estos derechos, y trataremos otros asuntos relacionados.

En definitiva, se va analizar el sistema que articula el funcionamiento de estos litigios dentro del ámbito de la Unión Europea, atendiendo también a nuestro Derecho Internacional Privado de fuente interna.

II DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

El presente trabajo tiene como objeto el análisis jurídico de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen en el marco del Derecho Internacional Privado Europeo¹. A modo de primer acercamiento a la definición de estos derechos diremos que pertenecen a la parte moral e intangible de los derechos de la personalidad² y tratan de proteger los conceptos abstractos de “*privacidad*” y de “*reputación*”.

En relación con la privacidad, estos derechos buscan salvaguardar una esfera mínima de carácter privado dentro de la vida de cada individuo, es decir, se trata de evitar intromisiones en la vida personal y familiar por parte de terceros. La privacidad es objeto de reglamentación en la mayoría de los ordenamientos modernos porque es un factor profundamente importante en la ordenación social. La forma de entender la privacidad varía en función de la sociedad y el momento histórico en el que nos situemos, pues su regulación es resultado directo de las tradiciones jurídicas, sociales y culturales de un determinado lugar. Debido a esta estrecha relación la privacidad tiene diferencias de tratamiento sustanciales en función del ordenamiento donde nos situemos. - No es lo mismo someterse a los tribunales estadounidenses, país para el que la libertad de expresión es casi absoluta, que someterse a los tribunales ingleses, país para el que la privacidad es un elemento fundamental. - Esta situación existe de igual forma en el plano internacional, donde ni los Tratados Europeos ni ningún otro texto internacional han conseguido realizar una definición exacta y completa que sirva para unificar su tratamiento. Ante esta falta concretización, la tarea se traslada a los tribunales nacionales que serán los encargados de precisar *in casu* el alcance y la protección del derecho vulnerado. De esta manera, los tribunales nacionales gozan de una amplia discrecionalidad para resolver este tipo de asuntos, lo que provoca disparidad de soluciones en función del tribunal encargado de conocer. Para tratar de paliar este fenómeno el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido un

¹ Sobre los presupuestos de Derecho Internacional Privado, Vid. ESPINAR VICENTE, J.M., *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2008, pp.37-38.

² Los derechos de la personalidad se dividen en una parte física y tangible, el derecho a la vida y a la integridad física, y en otra moral o intangible, el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen.

marco mínimo que todos los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos deben respetar³.

Desde un plano jurídico-material son derechos autónomos y con sustantividad propia, lo que significa que son tres derechos diferenciados entre sí y que la vulneración de uno de ellos no supone la del resto. No obstante, presentan una vinculación muy estrecha toda vez que derivan de la dignidad humana-*vid.* el artículo 10 de la Constitución Española-, se encuentran recogidos en el artículo 18.1 de la Constitución Española, y su regulación específica es conjunta en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, *de protección civil del derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la Propia Imagen*. Por esto, a pesar de ser derechos diferenciados, el procedimiento es prácticamente idéntico sea cual sea el derecho vulnerado⁴, asimismo para la determinación del tribunal competente es indiferente de que derecho se trate. Además de derivar de la dignidad humana, estos derechos de la personalidad ostentan la categoría de Derechos Fundamentales en la generalidad de ordenamientos europeos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce en su artículo 8 el “*derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea indica en su artículo 7 que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*”.

En relación con la reputación, estos derechos buscan salvaguardar el buen nombre o fama de los individuos de difamaciones y calumnias que sobre esta un tercero pueda verter. La reputación es un concepto nacido en el seno de las prácticas y usos de los comerciantes y del Derecho Mercantil, como forma de proteger la buena imagen de marca que las compañías mercantiles habían conseguido labrarse. Los derechos a la intimidad y a la propia imagen se deducen fácilmente del término del artículo 8 del Convenio “*vida privada y familiar*”, sin embargo, cuestión bien distinta es el derecho al honor, que no puede ser deducido de estos artículos. Esto no significa que en seno de la Unión no se reconozca este derecho, pero sí que presenta una protección más débil que

³ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *Litigios Internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 38-43.

⁴ Existen ciertas diferencias sobre todo cuando se trata del derecho al honor al no verse reconocido expresamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en algunos ordenamientos nacionales.

sus compañeros del artículo 18.1 de la Constitución. Esto es debido a que en el Derecho Común aparece regulado en el artículo 10 del Convenio como límite, y no como derecho propio⁵, de la libertad de información y expresión: *“El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, (...) la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales (...)”*.

Como apunte personal considero que este marco básico europeo es manifiestamente insuficiente y pone de relieve la alarmante necesidad de una unificación normativa en el seno de la Unión. Esta disparidad provoca un elevado grado de discrecionalidad para los tribunales, lo que consecuentemente se traduce en una situación de inseguridad jurídica nada recomendable para el Derecho Internacional Privado Europeo.

⁵ GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coord.), *La Europa de los Derechos. EL Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 487-507.

III LÍMITES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN

El caso característico de vulneración de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen presenta una colisión entre estos con otros derechos igualmente fundamentales, como son la libertad de información y expresión. En la gran mayoría de casos, excepto cuando la responsabilidad devenga contractual, la lesión de estos derechos se produce bajo el “presunto” amparo de la libertad de información y expresión. Como se ha explicado en el apartado anterior, son los tribunales nacionales los que deben ponderar *in casu* que derecho debe prevalecer, situación que debido a las diferencias de regulación provoca que sea de vital importancia el foro al que nos vamos a someter. Para la víctima será más beneficioso litigar ante un foro que pondere la privacidad y la reputación por encima de la libertad de información y expresión.

De esta manera los derechos de la personalidad se configuran desde una doble esfera, por un lado, como Derechos Fundamentales propios⁶, y por otro, como límites a los derechos a la libertad de información y expresión. En la práctica la vulneración de estos derechos de manera aislada, es decir, sin entrar en conflicto con las libertades, solo se produce cuando la responsabilidad deviene contractual⁷, en el resto de los casos, siempre va a existir esta confrontación actuando los derechos de la personalidad como un marco privado mínimo que se ha de respetar. En la mayoría de estos conflictos prevalece la libertad de información y expresión frente a los derechos de la personalidad por la imperiosa necesidad en democracia del manejo de una información actual y veraz, ya que este es el interés de la colectividad que, salvo en ciertos casos de intromisiones que no están amparadas, predomina sobre el interés del particular.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido una serie de directrices para regular esta colisión de Derechos Fundamentales:

⁶ Teniendo en cuenta las especialidades del derecho al honor.

⁷ Contrato relacionado con el objeto litigioso, existen dos posibles casos: contrato de puesta a disposición de imagen y particular cuando la lesión sea consecuencia de un uso indebido de la información personal del particular o por un mal funcionamiento del servicio de un prestador de servicios *online*.

Por un lado, el elemento fundamental es la notoriedad o carácter público de la persona titular de esos derechos: si es un personaje público o desempeña funciones públicas, o simplemente sea su propio comportamiento el que despierte ese interés público legítimo. En esos casos, la balanza se inclina a favor de la libertad de información y expresión considerando esas intromisiones a la privacidad como legítimas, así como los comentarios y valoraciones que puedan realizar terceros con respecto a este tema.

Por otro lado, para que exista intromisión en la privacidad, la información comprometida tiene que pertenecer a la esfera privada de la persona titular del derecho vulnerado, entendiendo esta esfera aspectos sensibles de la vida familiar, personal, laboral o temas de salud, entre otros⁸.

En el caso de que la vulneración sea del derecho al honor el proceso es algo distinto a lo anteriormente expuesto. Esto se debe a la ya mencionada falta de reconcomiendo expreso por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de otros Tratados Internacionales que tiene como consecuencia la falta de paridad entre el derecho al honor y los derechos a la información. Además, la protección del derecho al honor nunca se puede invocar de forma aislada, pues siempre va a entrar en conflicto con la libertad de información y expresión. Como regla general se ha de atender a los límites fijados por el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para estas libertades, donde también se reconoce el derecho al honor de manera indirecta como *“reputación ajena”*. Sin embargo, este artículo es una simple enumeración de posibles límites, pero sin llegar a precisar el alcance de ninguno. Ante esta situación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de su sentencia sobre el asunto *Lingens*⁹, entre otras¹⁰, fija unas pautas para que los tribunales nacionales realicen la ponderación entre estos derechos:

⁸ CORDERO ÁLVAREZ, C.I. *op. cit.*, pp.50-51.

⁹ STEDH asunto 9815/82 de 8 de Julio de 1986, *“Lingens/Austria”*. El señor Lingens periodista austriaco fue condenado por los tribunales austriacos por un delito de difamación por escribir dos artículos de prensa criticando al presidente del Partido Liberal de Austria por su supuesta pertenencia en su juventud a una brigada nazi. Además, realiza una reflexión acerca de evolución de la Austria post nazismo. Después de agotar todas las instancias judiciales de su país el señor Lingens acudió al TEDH donde consiguió que se entendiese vulnerado su derecho a la libertad de expresión siendo el fallo del tribunal: *“De todo lo que se ha considerado se deduce que la injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión del señor Lingens no era “necesaria en una sociedad democrática” ni tampoco “para la*

En primer lugar, las expresiones potencialmente ilegales deben realizarse en el contexto de un tema de interés público y notorio, y no de manera gratuita. Lo fundamental en este punto es el contexto del mensaje y no tanto el contenido en sí, pues están amparadas bajo el interés colectivo incluso algunas opiniones exageradas u ofensivas.

En segundo lugar, las expresiones potencialmente ilegales han de respetar el principio de veracidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos matiza este principio en función de si se trata libertad de información o expresión, pues es muy complicado realizar un juicio de valor sobre opiniones. Por tanto, para cumplir este principio únicamente se exige que la persona que los transmite actúe de manera diligente y realice una razonable comprobación de la autenticidad de la información.

En tercer lugar, para que incurran en vulneración del derecho al honor las expresiones deben realizarse de manera pública y notoria, a través de algún medio de comunicación o difusión de masas. Además, es necesario que el titular de los derechos de la personalidad tenga cierta popularidad en el lugar donde ese medio de comunicación sea accesible. Esto significa que para que la expresión perjudicial sea considerada vulneración ha de realizarse a través de algún medio que cuente con un mínimo de difusión, no cuentan las opiniones vertidas en una tertulia de bar, de manera que se exige que suponga de verdad un daño a su buen nombre o buena fama. Sin olvidar que para que este daño sea efectivo el titular de los derechos a la personalidad tenga q tener fama o notoriedad que se pueda ver afectada en el lugar donde ese medio de comunicación tiene difusión¹¹.

Es interesante mencionar dos sentencias del Tribunal Supremo español de rigurosa actualidad que tratan sobre dos recursos de casación que tienen por objeto del litigio una presunta vulneración del derecho al honor, estas son: sentencia número

protección de la reputación ajena", así pues, fue desproporcionada con el fin legítimo perseguido. Por consiguiente, se violó el artículo 10 del Convenio".

¹⁰ En este mismo sentido, para fijar los límites de la libertad de expresión: STEDH asunto 2011/30 de 15 de marzo de 2011, "Otegui Mondragón/España" (se fijan los límites de la crítica política); St. de la AP de Cádiz (Sección 8ª) asunto 23/2006 de 24 de enero (se establece el derecho al honor como límite a las libertades de información y expresión).

¹¹ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., op.cit., pp. 51-57.

256/2016 de 20 de abril y la sentencia número 344 /2015 de 16 de junio¹². En ambos casos el Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación por estar las opiniones controvertidas amparadas por la libertad de expresión. Al observar estas sentencias, entre otras muchas, nos damos cuenta del poder de la libertad de expresión y la dificultad de demostrar que esa opinión no estaba fundada en el principio de veracidad. La complejidad de analizar el pensamiento interno y consecuentemente la buena o mala fe con respecto a una opinión de un individuo provoca que para que el derecho al honor prevalezca la opinión objeto del litigio tenga que revestir un carácter fuertemente perjudicial, y con el único ánimo de dañar la reputación de la víctima sin una información veraz que fundamente esa expresión.

¹² STS núm. 259/2016 de 20 de abril. STS núm. 344/2015 de 16 de junio.

IV CALIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La lesión de los derechos de la personalidad es una de las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento de Bruselas I bis¹³, instrumento básico del Derecho común europeo que establece las normas del juego competencial para las materias de carácter civil y mercantil. Los foros competenciales que el Reglamento ofrece al titular de estos derechos son diferentes en función de si la responsabilidad del ilícito deviene contractual o extracontractual.

Independientemente del tipo de responsabilidad, al no ser los derechos de la personalidad materias exclusivas, y siempre que no exista un acuerdo de sumisión, el Reglamento de Bruselas brinda dos posibilidades: el foro general del domicilio del demandado del artículo 4 y los foros especiales del artículo. El foro general es la norma básica desde la que se estructura la competencia judicial en el espacio europeo, siempre va a poder interponer demanda ante los tribunales del Estado donde el demandado tenga su domicilio: “(...) *las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado*”. Los foros especiales se configuran como alternativa al domicilio del demandado y permite demandar en otro foro que presente la suficiente conexión procesal con el asunto litigioso. Es aquí donde nos encontramos la primera incidencia de la responsabilidad, pues en función del tipo que sea se activará un foro especial u otro. Si la responsabilidad sobreviene contractual, nos encontramos ante el foro especial de materias contractuales que permite demandar ante los tribunales donde se haya cumplido o deba cumplirse la obligación objeto del proceso (artículo 7.1). Mientras que, si la responsabilidad acontece extracontractual, nos encontramos ante el foro especial de materias extracontractuales que permite demandar ante los tribunales donde se haya producido o deba producirse el hecho dañoso (artículo 7.2).

¹³ Reglamento UE nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. “Reglamento de Bruselas I bis”

La calificación de la responsabilidad no influye únicamente en el juego competencial, sino que afecta directamente al Derecho aplicable al caso, es decir a la ley nacional utilizada para resolver el litigio. Si la responsabilidad deviene contractual será de aplicación el Reglamento de Roma I¹⁴, mientras que si la responsabilidad resulta extracontractual será de aplicación el Reglamento de Roma II¹⁵.

La clasificación de la responsabilidad es aspecto fundamental en el desarrollo del litigio, y como tal es preciso tener una definición clara y precisa de cada tipo de responsabilidad. A falta de una definición legal, es el Tribunal Justicia de la Unión Europea el encargado de definir estos conceptos a través de la jurisprudencia sentada en un gran número de cuestiones prejudiciales y sentencias relacionadas con la interpretación de la responsabilidad¹⁶. Este Tribunal realiza una interpretación amplia del carácter contractual y considera que deviene esta responsabilidad siempre y cuando las acciones litigiosas deriven de un “*compromiso libremente asumido por una frente a la otra*”¹⁷. Esto quiere decir que se exige que entre las partes exista cualquier tipo de acuerdo legal previo, del que derive directamente el objeto del proceso, es decir, que “*sobre ese compromiso se base la acción del demandante*”¹⁸. El término “compromiso” no se interpreta en el sentido estricto de un contrato típico, sino que este Tribunal considera que generan responsabilidad contractual los ilícitos que deriven directamente de una “*obligación identificable*” asumida libremente.

En lo referente a la responsabilidad extracontractual, el Tribunal realiza una definición negativa, así se entiende como extracontractual toda responsabilidad que no se genere directamente de esa “*obligación identificable*” previa. Esto significa, en

¹⁴ Reglamento CE nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. “Reglamento de Roma I”.

¹⁵ Reglamento CE nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de Julio de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. “Reglamento de Roma II”.

¹⁶En este mismo sentido es interesante STJUE C-196/15, de 14 de Julio de 2016. “*Granaloro SpA Ambrosi Emmi France S.A.*” Este asunto consiste en una acción para reclamar una indemnización por ruptura de relaciones comerciales estables que tienen por objeto el suministro de mercaderías a un distribuidor, a lo largo de varios años y sin contrato marco ni cláusula de exclusividad. El tribunal establece que nos encontramos ante una obligación de carácter contractual siempre que se demuestre la existencia de una relación comercial tácita y fija una serie de criterios para su demostración.

¹⁷STJUE asunto C-51/97, de 27 de octubre de 1998. “*Réunion européenne S.A.*”; STJUE asunto C-145/10, de 1 de diciembre de 2011, “*Eva Maria Painer*”.

¹⁸ STJCE asunto C-9/87, de 8 de marzo de 1988, *Arcado v. Hviland*.

términos coloquiales, que toda responsabilidad que no encaje en la definición de contractual será extracontractual¹⁹.

En nuestro objeto de estudio, los derechos de la personalidad, la gran mayoría de casos versaran sobre responsabilidad extracontractual porque la lesión típica de estos derechos se realiza entre particulares, o entre estos y una persona jurídica, sin que medie contrato previo alguno. Sin embargo, esto no significa que no pueda acaecer responsabilidad contractual en una lesión de los derechos de la personalidad, aunque queda restringida para dos tipos de litigios muy concretos: excesos o incumplimientos en un contrato de puesta a disposición de la imagen, y uso indebido de la información o mal funcionamiento del servicio entre un particular y un prestador de servicios online.

¹⁹ STJCE asunto 189/87, de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis*.

V.DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL

1.COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Las normas que regulan la competencia judicial internacional generalmente son de naturaleza unilateral dado que su función es fijar el alcance de la jurisdicción de un Estado. No obstante, cuando ese cuerpo normativo emana de un sistema institucional o convencional, como puede ser la Unión Europea o el Convenio de Lugano, el carácter de esas normas cambia a bilateral, pues ya no es un Estado afirmando el alcance de la competencia de sus tribunales, sino un texto internacional que reparte y distribuye la competencia judicial internacional de los Estados participantes. En el momento de aplicar este sistema se hace necesario realizar una calificación previa de la acción, pues de manera general la materia va a ser elemento clave a la hora de activar una competencia u otra.

La norma añade un criterio de conexión designado como “*foro*” o “*fuero*” de competencia, donde se señalan los requisitos necesarios para la atribución de competencia judicial internacional a los tribunales de un concreto Estado. Estas exigencias de los foros competenciales pueden ser: de carácter personal (domicilio del demandado, nacionalidad, etc.), territorial (situación de un inmueble, ejecución de un contrato, lugar del accidente, etc.), de conexión (vinculación estrecha con el foro), o responder a necesidades concretas (*forum necessitatis*, etc.). Si estos foros de competencia dejan de basarse en este tipo de criterios acercándose a unos requisitos de conexión débiles que buscan favorecer el interés particular del Estado del foro, podemos caer en los conocidos como “*foros exorbitantes*”. El legislador nacional en su ordenamiento puede fijar los foros exorbitantes que considere oportuno, no obstante, fundamentar la propia competencia en uno de estos foros lleva a la denegación del reconocimiento de cualquier resolución de ese Estado en el plano internacional.

Dentro de este sistema de foros es muy importante realizar una correcta distinción entre “*foros exclusivos*” y “*foros concurrentes*”. Los foros de competencia exclusivo atienden a la materia objeto del litigio y le atribuye la competencia a un Estado concreto, con exclusión de los demás, de manera que solo podrá ser ese Estado el que

conozca del asunto. Los foros concurrentes también atribuyen competencia a un Estado concreto, pero no de manera excluyente con otros Estados que podrán conocer del asunto en virtud de otro foro concurrente²⁰.

Los litigios basados en daños al honor o la imagen carecen de normas internacionales específicas que nos indiquen que foro es el competente de conocer. En nuestro ordenamiento, el régimen interno de competencia internacional recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial no contempla tampoco norma específica alguna para determinar el tribunal competente. Debido a esta ausencia de normas que precisen el tribunal, es necesario acudir a las normas generales de competencia aplicables para materias de responsabilidad extracontractual. Esta falta de regulación unida con la poca armonización a nivel europeo provoca que existan verdaderas dificultades a la hora de elevar este tipo de litigios al plano internacional.

Estas normas generales de materias extracontractuales se concretan en: normas de origen europeo -Reglamento de Bruselas I bis-, normas de origen convencional, - Convenio de Lugano- y las normas de fuente interna o autónoma -artículo 22 quinquies de la Ley Orgánica del Poder Judicial²¹-.

1.1 Reglamento de Bruselas I bis

El Reglamento (UE) número 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 (Reglamento Bruselas I bis), relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, constituye el pilar básico del espacio judicial europeo, en lo que al Derecho Internacional Privado se refiere, creando un marco jurídico común de competencia judicial internacional en materia civil y mercantil de alcance patrimonial.

El ámbito material de aplicación del Reglamento se encuentra en su artículo 1 donde se indica que *“El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil*

²⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Edit. Civitas, 9ª Edición, 2016, pp. 31-34.

²¹ VIRGOS SORIANO, M., GARCÍAMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal Civil Internacional, Litigación Internacional*, Madrid, Civitas, Segunda Edición, 2007, pp.- 106-108 y 186-198.

con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad”.

El ámbito de aplicación espacial o territorial se encuentra recogido en los artículos 4, 5 y 6 del Reglamento. El artículo 4 establece la regla general del foro del domicilio del demandado, por la que este Reglamento será de aplicación siempre que el demandado tenga su domicilio en algún Estado miembro. El artículo 5 nos informa de que las *“las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 (competencias especiales) a 7 (prórroga de competencia) del presente capítulo”*. De manera que confirma la regla general del domicilio del demandado y fija sus posibles excepciones. Por último, el artículo 6 remite a la legislación de cada Estado miembro en caso de no encontrarse el demandado domiciliado en territorio de la Unión: *“Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro (...)”*. Por tanto, las reglas del sistema competencial del Reglamento establecen que este se activa cuando el demandado este domiciliado en un Estado miembro y que en el resto de caso debemos recurrir al sistema nacional de competencia²², sin embargo, se trata de un criterio general porque el propio sistema creado mediante Bruselas I bis permite que en ciertos casos imperen otros criterios de aplicación espacial distintos al domicilio del demandado, que consecuentemente también relega al sistema competencial nacional²³. En relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, el Reglamento ha introducido una fórmula de reconocimiento automático de decisiones o actos procedentes de otros Estados

²² STJUE asunto C-9/12, de 19 de diciembre de 2013, *“Corman-Collins”*. Asunto sobre competencia judicial internacional, se busca establecer el tribunal competente para un conflicto entre dos partes donde media un contrato de concesión. Será el del lugar de cumplimiento del objeto de la demanda, en este caso el lugar de la prestación de los servicios contratados). En este mismo sentido es interesante STJUE C-196/15, de 14 de Julio de 2016. *“Granaloro SpA Ambrosi Emmi France S.A.”* Este asunto consiste en una acción para reclamar una indemnización por ruptura de relaciones comerciales estables que tienen por objeto el suministro de mercaderías a un distribuidor, a lo largo de varios años yin contrato marco ni cláusula de exclusividad. El tribunal aquí establece que nos encontramos ante una obligación de carácter contractual siempre que se demuestre la existencia de una relación comercial tácita y fija una serie de criterios para su demostración.

²³ Arts. 18, 21, 24, 25 y 29 RBI bis.

Miembros, suprimiendo de así la declaración previa de ejecutividad o exequátur en su artículo 39²⁴.

El Reglamento de Bruselas I bis presenta un sistema basado en foros de competencia divididos en cuatro niveles. El primer nivel referido a las competencias exclusivas del artículo 24, excluyendo la posibilidad de que conozca cualquier otro tribunal que no sea el específicamente designado. Si no se trata de una materia exclusiva, bajamos al segundo nivel donde se encuentra la sumisión expresa, que permite que la libre voluntad de las partes, pero bajo los límites de los artículos 15, 19 y 23. Si no nos encontramos ante materias exclusivas ni media entre las partes acuerdo sobre a qué jurisdicción someterse, bajamos de nuevo otro escalón hasta el tercer nivel, donde se localiza la regla del domicilio del demandado, y en el mismo escalafón jerárquico, los foros especiales de los artículos 7 a 23 y la sumisión tácita del artículo 26. En último lugar, si el domicilio del demandado no se encuentra en ningún Estado miembro, la competencia judicial internacional se delimitará en virtud del Derecho autónomo de cada Estado miembro, con la excepción de: los contratos de consumo del artículo 18, los contratos de trabajo del artículo 21 y la competencia del Tribunal Unificado de Patentes del artículo 71 ter. En estos casos el Reglamento es de aplicación con independencia del domicilio del demandado²⁵.

A modo de esquema ejemplificativo, para que sea de aplicación el Reglamento y su sistema competencial en relación con los derechos de la personalidad tiene que darse alguna de las siguientes circunstancias: que el demandado tenga su domicilio en algún Estado Miembro (artículo 4), que en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes exista algún acuerdo de sumisión expresa ante los tribunales de algún Estado Miembro o esta sumisión se dé tácitamente una vez iniciado el proceso (artículos 25 y 26), que el daño producido por la vulneración de los derechos la personalidad tenga su origen o se deje sentir en un Estado miembro (artículo 7), y por último, que nos encontremos ante algunos tipos de contrato de consumo donde el particular se encuentra en una posición de debilidad frente al profesional vendedor (artículos 17 a 19). En este último caso, el

²⁴FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *op.cit.*, pp. 40-42.

²⁵*Ibidem*, p. 43.

Reglamento es de aplicación aun cuando el demandado tenga su domicilio fuera de la Unión.

1.2 Artículo 22 quinquies Ley Orgánica Poder Judicial

El artículo 22 quinquies de la Ley Orgánica del Poder Judicial es un precepto que otorga competencia a los tribunales españoles por razón de materia, es de aplicación residual y se emplea cuando el demandado no tiene su domicilio en un Estado miembro. En caso contrario siempre será de aplicación el Reglamento de Bruselas I bis. Si existe cualquier otro convenio internacional que regule el juego competencial en relación con la materia objeto del litigio también tendría preferencia frente al artículo 22. Como resulta evidente, en la práctica esta norma no presenta gran utilidad debido a la gran regulación y a al gran número de tratados existentes en el plano internacional y concertantemente en el plano europeo que, de manera general, van a solapar la aplicación de este artículo.

El artículo 22 quinquies recoge dos situaciones en las que el titular de los derechos vulnerados puede demandar ante el foro español, distinguiendo por el tipo responsabilidad. Si nos encontramos ante materias contractuales *“cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España”*, y si nos encontramos ante materias extracontractuales *“cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español”*.

2.FOROS DE COMPETENCIA

2.1 Foro del domicilio del demandado

El foro del domicilio del demandado es la norma general del sistema de competencia judicial internacional europeo y nace del principio del juez natural del proceso. Viene regulado en el artículo 4 del Reglamento y coge como criterio únicamente el domicilio de la persona y no su nacionalidad, *“las personas domiciliadas en un Estado miembro están sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”*. Es el foro general porque siempre se va a poder litigar ante los tribunales del domicilio del demandado, siempre que sea un Estado Miembro, por todas las acciones que se puedan interponer contra él en relación con un

asunto concreto. Esto independientemente de si el daño tiene efectos en terceros Estados, donde solo se podría demandar por las consecuencias acaecidas en ese país²⁶. Por tanto, el titular del derecho vulnerado siempre podrá concentrar todas las acciones bajo la jurisdicción del Estado del domicilio del demandado. Por todo esto, es fundamental conocer siempre el lugar de domicilio del demandado, aspecto no siempre sencillo en este tipo de casos de vulneración de derechos de la personalidad, donde el anonimato que otorga la Internet y ciertos medios de comunicación dificulta sobremanera esta tarea. En este punto es primordial la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en sus sentencias de 17 de noviembre y de 15 marzo de 2012²⁷ especifica que el artículo 4 ha de entenderse de la manera que más favorezca la aplicación del Reglamento. De manera que, si se desconoce el lugar exacto de domicilio, pero se tiene la certeza de que se encuentra en un Estado Miembro se aplica de igual manera el Reglamento. *Ergo*, el sistema competencial de fuente interna solo se activaría cuando el tribunal del foro, en nuestro caso los tribunales españoles, tenga indicios claros de que el responsable tiene su domicilio fuera de la Unión, y no nos encontremos ante los ya mencionados supuestos especiales que amplían la aplicación del Reglamento.

La posibilidad de acudir al foro del domicilio del demandado se amplía a los casos en los que nos encontramos ante un profesional demandado, da igual persona física o jurídica, con domicilio fuera de la Unión, pero que realice operaciones a través de filial, agencia o sucursal en algún Estado Miembro. En nuestro objeto de estudio esto es bastante importante porque es muy frecuente que los proveedores de servicios *online* tengan su sede social en países con regulación más beneficiosa para sus actividades que la Unión. En la práctica, estas grandes multinacionales como *Google* o *Facebook* se encuentran establecidas en Estados Unidos debido a la intensa protección de la libertad de expresión y de información que realiza ese Estado, amén de las pocas interferencias

²⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *op.cit.*, p. 50.

²⁷ STJUE asunto C-370/10, de 17 de noviembre de 2011; STJUE asunto C-292/10, de 15 de marzo de 2012. Resulta fundamental la doctrina establecida por el TJUE en los asuntos “*Hypoteczni banka*” y “*G*”, por la cual el art. 4 del RBI bis ha de interpretarse de la manera que más favorezca la aplicación del Reglamento, desplazando al sistema de competencia nacional de los Estados, en el sentido de que si se desconoce el lugar de domicilio del demandado pero este es nacional de un Estado miembro, solo se aplicaran las normas nacionales cuando se tenga constatación de que el demandado efectivamente está domiciliado fuera de la UE. De esta manera, se establece la equiparación de domicilio del demandado con la nacionalidad, de manera que para un nacional de un Estado miembro se presume la aplicación del Reglamento.

que en su actividad realiza. Sin embargo, esta situación de excesiva protección cambia radicalmente con la posibilidad de demandar ante los tribunales del Estado Miembro donde estas empresas tengan filial, agencia o sucursal.

Otra situación característica e importante de nuestro objeto de estudio es la frecuencia con la que el domicilio del demandado no coincide con la ubicación física del servidor utilizado para verter la información dañina a la Red. A pesar de la competencia general del foro del domicilio del demandado, para hacer valer ciertas acciones como la de prohibición o cesación, independientemente de que sea medida cautelar o de fondo, nos encontramos con diferentes problemas diplomáticos y procesales para la efectiva aplicación de esa resolución en un tercer Estado. De esta manera, impedir que se siga difundiendo una información maliciosa o eliminar la ya existente en la red se complica cuando el Estado de domicilio del demandado y el Estado con jurisdicción para ejecutar esas acciones de prohibición y cesación son distintos. Para intentar paliar este tipo de casos, el Reglamento en su artículo 35 establece la eficacia directa de estas acciones, aunque exclusivamente con carácter cautelar, cuando el servidor se encuentra localizado en un Estado Miembro. En conclusión, para asegurarse el efectivo cumplimiento de este tipo de acciones resulta más efectivo que el titular del derecho vulnerado interponga demanda ante el foro donde esta acción tenga que cumplirse, aunque el proceso principal lo estén conociendo los tribunales de otro Estado Miembro²⁸.

2.2 Foros especiales del artículo 7

Los foros especiales del artículo 7 permiten que “*una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro*”, rompiendo así la regla general del domicilio del demandado. Por tanto, el demandante, siempre que no nos encontremos ante materias exclusivas o medie acuerdo de sumisión entre las partes, tiene dos posibilidades: demandar ante los tribunales del Estado miembro donde el demandado tenga su domicilio, o demandar ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de los foros de competencia especiales por razón de materia. Estas reglas especiales se basan en el criterio de proximidad o conexidad y es necesario que exista

²⁸ CORDERO ÁLVAREZ, C. I., op. cit., pp. 100-103.

vinculación suficiente entre el objeto de litigio y los tribunales del Estado miembro que pretenda conocer el asunto²⁹.

Los foros especiales del artículo 7 presentan dos supuestos dependiendo de la calificación de la responsabilidad:

-Responsabilidad contractual

En el supuesto de responsabilidad contractual el artículo 7.1 reconoce la posibilidad de demandar “*ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda*”. Para los derechos de la personalidad este precepto será de aplicación en los dos casos en los que la responsabilidad puede devenir contractual: excesos o incumplimientos en un contrato de puesta a disposición de la imagen y uso indebido de la información o mal funcionamiento del servicio entre un particular y un prestador de servicios online. De esta manera, cuando nos encontremos ante un caso de estos, el titular del derecho vulnerado podrá elegir si demandar ante los tribunales del domicilio del demandado, o bien podrá demandar ante los tribunales donde se haya cumplido o deba cumplirse la obligación nacida del contrato previo. El artículo 7.1 también especifica que “*salvo pacto en contrario, dicho lugar será (...) cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del Estado Miembro en que, según contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios*”. La concreción de este foro puede ser una ardua tarea por el complejo sistema estructural que presentan estas empresas de prestación de servicios *online*, además de por los contratos de adhesión que el usuario ha de aceptar y que en numerosas ocasiones fijan los tribunales que han de conocer en caso de controversia y el Derecho aplicable al caso. Por ello, se ahondará en el tema más adelante en un apartado exclusivamente dedicado a la responsabilidad de los prestadores de servicios *online*.

-Responsabilidad extracontractual.

En el supuesto de responsabilidad extracontractual, caso típico de lesión de derechos de la personalidad, el proceso es más complicado. El artículo 7.2 recoge que

²⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *op.cit.*, p. 51.

“en materia delictual o cuasidelictual³⁰ (...) ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”. Este foro utiliza como criterio competencial el lugar del daño que, en los casos de ilícitos a distancia, comprende tanto un lugar de origen como uno de materialización o resultado. En los litigios internacionales de vulneración de derechos de la personalidad, sea un medio de comunicación tradicional o sea la Internet, siempre va a existir un lugar desde el que el daño se realiza, y uno o más lugares en los que este se deja sentir. Sin embargo, si el canal elegido para difundir la información controvertida es Internet la localización del lugar exacto de origen puede ser bastante difícil debido a la deslocalización y el anonimato que ofrece la Red. La diferencia espacial entre el origen del daño y sus posibles manifestaciones, e incluso la posibilidad de una pluralidad de daños en distintos países, provoca que existan verdaderos problemas de concreción a la hora de utilizar este foro del lugar del daño. Este problema se acentúa cuando el medio de difusión es Internet porque existen un gran número de casos de lesión de los derechos de la personalidad en la actualidad en los que se utiliza este medio para difundir la información controvertida. Además, se ha de tener en cuenta que la localización a través foros generales, como el del domicilio del demandado, también se complica en el medio virtual por las características propias de Internet. Para tratar de resolver este problema el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 30 de noviembre de 1976³¹, sobre el asunto *Mines de Pottasse d’Alsace S.A.*, recoge por primera vez el principio inspirador de este foro del lugar del daño: **la teoría de la ubicuidad**. En esta sentencia el Tribunal indica que por *“lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”* entiende tanto donde se produce el hecho causal u origen, como donde sobreviene el daño. Esto supone que la víctima pueda demandar en cualquiera de los lugares que se encuentren efectivamente ligados al hecho dañoso, ya sea por ser el lugar de origen del daño o el lugar de materialización. El Tribunal de Justicia buscó, a través de este principio, una interpretación amplia del foro del lugar del daño en aras de la protección de la víctima y del buen funcionamiento de la administración de justicia. No obstante, este principio no es absoluto y debe siempre ponderarse con otro principio de carácter igualmente fundamental, el de previsibilidad del tribunal competente. Es en este punto donde, en mi

³⁰Toda responsabilidad civil que no sea contractual será delictual o cuasidelictual.

³¹ STJCE asunto 21/76 de 30 de noviembre de 1976, *“Mines de Pottasse d’Alsace S.A.”*. Este asunto tiene por objeto la petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 1 del Protocolo de 3 de junio de 1971, relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

opinión, y en concordancia con el de importantes autores como Cordero Álvarez, se hace necesario, de nuevo, la intervención del Tribunal para terminar de precisar y concretar este foro del lugar del daño. De manera que, exista un equilibrio entre la buena administración de justicia, el acceso a la misma y la seguridad jurídica³². Este equilibrio es fundamental en las vulneraciones de derechos de la personalidad a través de la Red, pues el alcance de este medio es potencialmente mundial y tenemos en peligro de caer en foros desorbitados. Para evitar esta situación la jurisprudencia del Tribunal define el concepto de daño como “*el lugar donde la acción lesiva, de manera directa e inmediata, produce efectos perjudiciales para la víctima, y no cualquier lugar en el que ese mismo daño pueda producir algún efecto, indirecto y de manera no inmediata*”³³.

El tribunal que pretenda conocer el asunto en virtud de este foro especial tendrá que verificar su competencia, con carácter previo al litigio, en base a los criterios transmitidos por el Tribunal. Cuando existe una disociación espacial entre un lugar de origen y otro de materialización³⁴, nos encontramos ante ilícitos a distancia, donde pueden coexistir varios lugares resultado e incluso de origen. En la práctica, la cuestión fundamental para el tribunal del foro es si ese daño efectivamente se ha producido o dejado sentir en su territorio. Esto dependerá del Derecho material que apliquemos, y como los derechos de la personalidad es una de las materias que en la actualidad no presenta una norma de conflicto armonizada para los Estados miembros, la elección del foro ante el que demandar va a ser punto clave en el litigio.

Para entender el concepto de lugar de origen del daño o *locus delicti* tenemos que acudir de nuevo a la jurisprudencia del Tribunal europeo, concretamente a sus sentencias sobre los asuntos *Shevill*³⁵ y *e-Date*³⁶. En la primera se define el lugar de origen como el de establecimiento del editor del medio, válido para los medios de

³² CORDERO ÁLVAREZ, C.I., op.cit, pp. 130-134.

³³ STJUE asunto C-189/08 de 16 de Julio de 2009. “*Zuid/Chemie*”.

³⁴ Esto siempre va a ocurrir cuando sea Internet el medio de difusión y la información tenga transcendencia en otros Estados.

³⁵ STJUE asunto C-68/93 de 7 de marzo de 1995, “*Shevill*”.

³⁶ STJUE asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10 de 25 de octubre de 2011, “*e-Date*”. Siguiendo con el tema de lesiones a través de Internet es interesante la STJUE asunto C- 162/09 de 7 de octubre de 2010, “*Secretary of State for Work and Pensions/Taous Lassal*”

comunicación tradicionales, pero insuficiente para la nueva sociedad de la información. Por ello, en la segunda sentencia adapta esta definición del establecimiento del editor al medio al entorno virtual, sustituyendo esta expresión por el lugar del establecimiento del emisor de contenidos. De esta manera, sienta las bases para la nueva doctrina a seguir en los casos de ilícitos a distancia vía Internet. Además, incluye un nuevo foro especial para Internet con competencia universal para conocer de todos los daños sufridos por la información dañina: el **centro de intereses** de la víctima, por presentar equilibrio entre la protección de la víctima y la previsibilidad del tribunal. Mediante esta solución, se engloba también a los medios de comunicación en la Red que se encontraban excluidos con la anterior definición dada para el asunto *Shevill*. Así pues, el lugar de origen será el lugar desde donde la información comprometida es difundida -el lugar de edición en los medios tradicionales-, y el lugar desde que la información es colgada a la red en los medios de comunicación virtuales. En este último caso, el lugar donde se encuentren situados los servidores que soportan esa información es irrelevante, salvo para las acciones de cesaciones que se habrán de interponer, o por lo menos reconocer por el Estado donde se encuentren. Esto significa que, si la vulneración la comete un medio tradicional, el origen es el lugar donde ese medio tenga situado su lugar de edición, aunque ese medio tradicional también use la red para difundir la información. Sin embargo, si la vulneración la realiza un particular utilizando como medio la red este lugar será donde esa persona haya vertido la información controvertida.

Para entender el concepto de lugar de resultado o *locus damni* es fundamental la sentencia sobre el asunto *Yahoo* del *Tribunal de Grande Instance* de París³⁷, una de las primeras en detallar y ejemplificar esta noción. El asunto trata de una subasta *online* realizada por la compañía estadounidense que vulneraba ciertos preceptos del Código Penal francés, en concreto la prohibición de la venta de artículos con simbología nazi. La multinacional consideraba que la competencia era exclusiva de los tribunales estadounidenses al haber sido este el lugar desde donde la información se vertió a la Red, sin embargo, los tribunales franceses afirmaron su competencia estableciendo los criterios para activar el foro del lugar de resultado del daño. El Tribunal justificó su

³⁷ STGI de París, Ordonnance de référé, de 22 de mayo de 2000, “*Yahoo!*”. Sentencia tremendamente importante para la fijación de la competencia en los ilícitos online y para la doctrina del foro especial del lugar del daño del art. 7.

competencia en la accesibilidad de la información en su país y en la comprensión de esa información por estar también en lengua francesa. Estos requisitos de accesibilidad y comprensibilidad de la información no activan este foro del lugar de resultado del daño por si solos, sino que como se ha indicado antes, para evitar que se conviertan en foros desorbitados, se ha de producir un daño efectivo y directamente relacionado con la información controvertida en ese lugar. Este daño generalmente es proporcional a la trascendencia o notoriedad del titular de los derechos de la personalidad en ese Estado. Por tanto, si esta es prácticamente nula o inexistente no existirá daño suficiente para demandar en ese foro³⁸.

En nuestro objeto de estudio, los derechos de la personalidad, lo que se busca, en definitiva, es que la jurisprudencia y la doctrina del Tribunal sea capaz de responder eficientemente al problema de la concreción del lugar de origen y de materialización del daño en los ilícitos a distancia. El lugar de origen del daño queda claro que es el territorio desde el que la información controvertida se introduce a la Red, pero esto puede presentar problemas de concreción cuando existen múltiples lugares de origen (dispersión espacial) o en supuesto de daños prolongados (dispersión temporal). Sin embargo, además de los problemas informáticos que pueda traer la averiguación de la identidad de ese usuario infractor la lesión de los derechos de la personalidad no presenta grandes complicaciones en cuanto a la concreción del lugar de origen. El Tribunal en su sentencia sobre el caso *e-Date*, entre otras, establece una serie de criterios, actualizando su doctrina al medio virtual, que se resumen de la siguiente manera: primero, el lugar del daño será el Estado miembro donde la víctima tiene su centro de intereses, que normalmente será el Estado donde tiene su residencia habitual, que como se ha indicado antes, puede conocer de todos los daños derivados del ilícito. Segundo, el lugar del daño será también cualquier Estado miembro donde la información dañina sea accesible y comprensible (lugar de resultado), aunque, como también se ha indicado antes, estos tribunales no presentan competencia universal y solo podrán conocer de los daños causados bajo su jurisdicción³⁹.

³⁸ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., op.cit, pp. 140-147.

³⁹ LORENTE MARTÍNEZ, I., *Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales* (en línea) http://www.academia.edu/11718926/LUGAR_DEL_HECHO_DA%C3%91OSO_Y_OBLIGACIONES_EXTRACONTRACTUALES.LA_STJUE_DE_25_DE_OCTUBRE_DE_2011_Y_EL_COSTE_DE_LA_LITIGACI%C3%93N_INTERNACIONAL_EN_INTERNET. (Consultado a 16 de enero de 2018).

En el contexto online, el problema de la concreción del lugar de resultado no es la propia determinación de ese lugar, sino la gran cantidad de potenciales lugares de resultado que pueden coexistir. *A priori*, se puede pensar que los tribunales estatales de todos los Estados miembros, donde la víctima tenga notoriedad o una reputación que mantener y donde la información sea accesible serían competentes en virtud del foro del lugar del daño. Esta situación vulnera claramente el principio de previsión del lugar de posible litigio para el demandado, lo que se traduce en una ausencia total de seguridad jurídica. Por este motivo, el Tribunal ha precisado ciertas matizaciones aplicables al foro del lugar del daño cuando se trate del medio virtual. Para evitar caer en foros desorbitados, la doctrina del Tribunal de Justicia establece que para que exista vulneración de derechos de la personalidad es necesario que concurran en el mismo espacio y tiempo todos los aspectos de estos derechos que son objeto de tutela legal: que la víctima presente una reputación, que la intromisión se produzca contra la esfera mínima indisponible privada del sujeto (etc.). De esta manera, no es posible que estos derechos se vulneren únicamente por el acceso a la información, *ergo*, la mera accesibilidad no otorga competencia judicial⁴⁰.

En mi opinión, esta solución introducida por el Tribunal en sus sentencias *Shevill* y *e-Date* del foro del lugar del daño y de la teoría de la ubicuidad no resulta satisfactoria ni eficiente; pues ni las víctimas pueden aprovechar la opción de litigar en una multitud de jurisdicciones, ni tampoco los demandados de acudir. Prueba de ello es la introducción por parte del Tribunal de un nuevo foro con competencia universal, el ya mencionado centro de intereses de la víctima, que permite, en aras de la seguridad jurídica, demandar por todos los daños derivados del ilícito ante los tribunales del Estado miembro donde la víctima tenga su centro de intereses. Con este nuevo criterio se cumplen los objetivos jurídicos que pretendían solventar a través de su anterior jurisprudencia: la necesidad de un foro cercano para la víctima, pero lo suficientemente previsible para el demandado.

⁴⁰ Esta situación cambia si la persona es mundialmente conocida, caso en el existe una mínima diferencia entre cometer el ilícito por medio de los canales tradicionales o por medio de la Red.

2.3 Foro general de la sumisión expresa y tácita

Los foros generales de la sumisión expresa y tácita vienen regulados en los artículos 25 y 26 del Reglamento de Bruselas respectivamente. Ambos permiten la prórroga de la competencia de un tribunal que, *a priori*, no la tiene según las reglas de Bruselas I bis. Por tanto, están basadas en criterios meramente procesales y dependen exclusivamente del comportamiento de las partes litigantes y no de la materia objeto del asunto.

El artículo 25 explica que “*si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente para conocer de cualquier litigio que haya surgido (...) tal órgano jurisdiccional será competente, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho.*” Así, en virtud del principio de autonomía de las partes, estas pueden pactar previamente que tribunales de un Estado miembro serán competentes de conocer en caso de litigio futuro. Este pacto, de manera general, viene incluido como cláusula de un contrato entre las partes que en aras de una mayor seguridad jurídica busca conocer cuál es el tribunal competente en caso de litigio. Este foro exige “*forma escrita o si es de manera verbal con confirmación escrita*” y además “*no surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia (...) si son contrarios a las disposiciones de los artículos 15, 19 o 23, o si excluyen la competencia de órganos jurisdiccionales exclusivamente competentes en virtud del artículo 24*”. El artículo 15 trata de materia de seguros y el 23 atiende a contratos individuales de trabajo y no presentan más relevancia que comentarlos para nuestro estudio. El artículo 19 versa sobre contratos celebrados por los consumidores, especifica que para que el acuerdo sea válido tiene que nacer con posterioridad al litigio o permitir al consumidor demandar en otro Estado miembro al indicado por las reglas de Bruselas I bis. Todo esto en fin de evitar un abuso de poder de los grandes comerciantes frente a los usuarios individuales. El artículo 24 regula las competencias exclusivas que no pueden ser objeto de prórroga de competencia y tienen que ser conocidas por el tribunal que especifica el Reglamento. Estas materias son, entre otras, derechos reales, derecho societario y derechos sobre bienes inmuebles, en las que el tribunal competente será el del Estado miembro donde se encuentren registrados los derechos reales, la sociedad o el inmueble objeto de la *litis*.

El artículo 26 indica que *“con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24”*. En los casos de litigios sobre seguros, trabajador individual o consumidor *“el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia (...) de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no”*. Así pues, el foro de la sumisión tácita puede desplazar al foro del domicilio del demandado, a los foros especiales y también al foro de la sumisión expresa con el único requisito que el demandado conteste a la demanda sin impugnar la competencia, siempre que no nos encontremos ante materias exclusivas.

2.4 Medidas provisionales y cautelares

Las medidas provisionales y cautelares vienen recogidas en el artículo 35 del Reglamento e indica que *“podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto”*. Este artículo, además de reconocer la figura de las medidas provisionales y cautelares, permite que estas se apliquen por un Estado miembro diferente del que esté conociendo el asunto, incluso cuando nos encontremos ante materias exclusivas⁴¹ o en virtud de sumisión expresa⁴². Este hecho refuerza la eficacia de estas acciones dado que ya no es necesario que la medida sea impuesta por el tribunal conocedor del fondo del asunto y reconocida por el Estado miembro donde se ha de llevar a cabo, proceso lento y costoso, sino que se el demandante podrá solicitar dichas medidas directamente ante este Estado de manera separada al fondo del asunto y con la categoría de medida provisional o cautelar, con la mayor celeridad que implica⁴³. Para completar la definición de este elemento jurídico,

⁴¹ STJUE asunto C-616/10 de 12 de Julio de 2012, *“Solvay S.A./Honeywell”*.

⁴² Auto AP de Barcelona (Sección 11) núm. 119/2010, de 31 de marzo.

⁴³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *op.cit.*, pp. 56-58.

hay que considerar de igual forma la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogida, de entre otros asuntos, del caso “*Van Uden*” y del caso “*Hans-Hermann Mietz/Intership Yachting Sneek BV*”. En estas sentencias se definen las medidas cautelares y provisionales como “*las acciones dirigidas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita*”⁴⁴.

En las lesiones de los derechos de la personalidad son muy frecuentes estas medidas que, por su especialidad, no pueden esperar a una resolución sobre el fondo del asunto antes de que el daño se vuelva irreparable. Cualquier información o intromisión dañina requiere una rápida actuación para evitar su difusión masiva, y que la tutela de estos derechos se reduzca únicamente a la compensación económica como acción resarcitoria. Estas medidas son principalmente la acción de cesación y de prohibición, fundamentales en este tipo de procesos, ya que no protegen únicamente de las acciones ya cometidas sino también de las no producidas, siempre que existe suficiente certeza de que puedan materializarse. Esto es realmente importante para la protección de estos derechos pues evitan que una información potencialmente dañina continúe transmitiéndose e incluso que llegue a publicarse. Esto es mucho más sencillo en los casos en los que la vulneración ha sido cometida por un medio de comunicación tradicional, puesto que si se trata de Internet y de un particular el proceso se complica sobremanera. Esto es debido a la dificultad tanto prevenir un daño que potencialmente puede originarse en cualquier lugar del mundo, como de encontrar al culpable de verter la información dañina, que el Estado (seguramente no miembro) que tenga que imponer la medida o reconocerla efectivamente así lo haga.

El artículo 35 del Reglamento establece un foro propio que permite al demandante solicitar a un Estado miembro las medidas provisionales y cautelares previstas en su ordenamiento que considere oportunas. Este foro adquiere un carácter extraordinario cuando las medidas se solicitan ante un Estado miembro diferente al concededor del fondo del asunto pues se tramitan y resuelven de manera separada. Para evitar caer en foros desorbitados, y en aras de la seguridad jurídica para poder acudir a este foro extraordinario, además de encajar la petición en la definición de medidas

⁴⁴ STJUE asunto C-391/95 de 17 de noviembre de 1998, “*Van Uden*”, STJUE asunto C.99/1996 de 27 de abril de 1999, “*Hans-Hermann Mietz/Intership Yachting Sneek BV*”.

provisionales y cautelares antes comentada, es necesario la existencia de una conexión real entre el derecho vulnerado y el lugar donde se pretende adoptar la medida, y que obviamente exista esa causa principal en otro Estado miembro⁴⁵.

Para finalizar este apartado resulta conveniente exponer brevemente el trato que de esta figura realiza el ordenamiento español, concretamente para nuestro interés en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En su artículo 9.2 explica que *“la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como prevenir o impedir intromisiones ulteriores (...)”*.

⁴⁵ CORDERO ÁLVAREZ, C. I., op.cit, pp.186-191.

VI. RECONOCIMIENTO EXTRATERRITORIAL Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS ACCIONES DE PROHIBICIÓN Y CESACIÓN, SUPRESIÓN DEL EXEQUATUR Y EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

La eficacia transnacional de las resoluciones judiciales es un elemento clave en el proceso de tutela de los derechos de la personalidad, pues las diferentes ponderaciones que realizan los Estados entre estos derechos y las libertades de información y expresión pueden llevar a sentencias discordantes en función del tribunal que conoce y la ley aplicable.

Para entender mejor el impacto de este fenómeno en nuestro estudio, resulta especialmente interesante la práctica jurisprudencial americana, ejemplo perfecto de sistema que protege la libertad de información y expresión de sus nacionales frente a cualquier resolución extranjera que no garantice estas libertades en los mismos términos que los tribunales estadounidenses. La regulación de este sistema viene recogida en el *Federal Speech Act* de 2010⁴⁶ donde se establece como causa de denegación que la resolución no respeta la tutela otorgada por la Primera Enmienda a la libertad de expresión, con independencia de quien sea el Estado emisor. De esta manera, el ordenamiento estadounidense busca proteger a sus nacionales, ya sean personas físicas o jurídicas, de las consecuencias de posibles litigios en terceros Estados que no tengan las libertades de información y expresión como derecho fundamental en su ordenamiento. Con este sistema se reduce el efecto conocido como “*libel tourism*” que consiste en demandar, en este caso a nacionales estadounidenses, en terceros Estados con un ordenamiento más favorable a los derechos de la personalidad⁴⁷.

⁴⁶ Securing the Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage Act., de 10 de Agosto de 2010. <<<https://www.congress.gov/111/plaws/publ223/PLAW-111publ223.pdf>>> (consultado a 6 de Enero de 2018).

⁴⁷ Fundamentalmente los tribunales ingleses.

La consecuencia negativa de este sistema es que para que una sentencia de un tercer Estado tenga efecto en Estados Unidos, además de reconocer estas libertades como fundamentales en su ordenamiento interno, la actividad o acción dañina no puede estar amparada por la Primera Enmienda. El amplio reconocimiento que este precepto realiza de la libertad de expresión implica que la gran mayoría de acciones o situaciones estarán amparadas y por tanto las resoluciones judiciales extranjeras que busquen la cesación o la prohibición quedarán sin efecto alguno.

Este ejemplo del sistema americano ha servido para introducir al estudio el extremo de un elemento de protección de sus nacionales que presentan todos los Estados, el orden público. Esta figura en el plano internacional provoca que para que una resolución pueda ser reconocida por un tercer Estado, esta no puede ser contraria a su orden público interno. Esto resulta bastante obvio en tanto que un Estado no puede adoptar una medida que vaya en contra de su fuero interno, a pesar de que el Estado emisor sea otro Estado miembro y se cumplan todos los requisitos legales. Un Estado no puede actuar ignorando su propia legalidad y procurar un trato diferente para ese nacional por el mero hecho de haber sido condenado en un tercer Estado. Por tanto, es en este punto donde se vuelve primordial una unificación normativa a nivel internacional, concretamente en el seno de la Unión, para evitar que una gran cantidad de resoluciones no lleguen a materializarse debido a la imposibilidad del Estado competente de ejecutarlas⁴⁸.

Desde la perspectiva europea, el reconocimiento de resoluciones extranjeras viene recogido en el artículo 36 del Reglamento de Bruselas I bis donde declara que *“las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno”*. De esta manera, se suprime el exequátur y no se exige proceso específico ninguno para el reconcomiendo más allá de los relacionados con la comunicación y la burocracia⁴⁹. En cuanto a la ejecución de las resoluciones extranjeras, el artículo 39 señala que *“las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva”*. De

⁴⁸CORDERO ÁLVAREZ, C.I., op.cit., pp. 210-215.

⁴⁹Para ver una resolución del Tribunal Supremo acerca del procedimiento de exequátur *vid.* Auto del TS de 6 de junio del 2000.

nuevo se suprimen los procesos de declaración de ejecución y lo que es ejecutable en un Estado miembro lo será en cualquier otro. A pesar de estos preceptos, el artículo 45 del Reglamento recoge la denegación “*si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido*”. Este precepto permite que la supresión del exequátur, y los procesos de reconocimiento y ejecución de sentencias, acaben siendo ineficaces por el hecho de que existan diferencias sustanciales de regulación del derecho vulnerado entre el Estado emisor de la resolución y el receptor⁵⁰. Como se puede observar, incluso en el sistema europeo no existen garantías reales de reconocimiento de sentencias extranjeras, y más en los casos de vulneración de derechos de la personalidad, pues la eficacia de este reconocimiento viene condicionada a la adecuación de la resolución al orden público del Estado encargado de ejecutar⁵¹. Por tanto, resulta obvio que dentro de la Unión la problemática surge en las materias que están poco o nada unificadas normativamente, y es en este punto donde se entiende realmente la importancia de esta armonización y las injusticias que provoca su ausencia. Para puntualizar y contextualizar, la falta de unidad normativa en la concreta área de los derechos de la personalidad no es mero capricho del legislador europeo, sino que es producto de presiones de sectores económicos estratégicos, como son los grandes medios de comunicación y prestadores de servicios online, cuyos intereses se contraponen a los de la creación de un sistema de protección de estos derechos justo y equilibrado a nivel internacional, no obstante, esto lo comentaremos con detenimiento en un apartado posterior.

1.Órdenes de prohibición y cesación.

En la práctica, los mayores problemas para el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras aparecen con las acciones de cesación. Como se ha indicado en apartados anteriores, la importancia de este tipo de medidas para salvaguardar los derechos de la personalidad es vital, y más cuando es Internet el medio utilizado para difundir la información dañina, debido a su alcance potencialmente global. Para

⁵⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, p. 230.

⁵¹ GARCIA MARTÍN ALFÉREZ, F.J., Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (I), en Derecho Internacional Privado, (en línea), <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I89e19f1062e311e38091010000000000&sluguid=i0ad6adc5000001616bbdf028d433fc3f&src=withinResuts&spos=3&epos=3&displayid=&publication=&classificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=> (consultado el 30 de enero de 2018).

comenzar con la definición de estas medidas se ha de indicar que su alcance competencial espacial depende del foro ante el que se presenten. Si se solicita ante un foro con competencia universal, como el domicilio del demandado o el lugar de origen del daño, la cesación o prohibición afecta a cualquier Estado donde se puedan dejar sentir los efectos del ilícito. Sin embargo, si se reclama ante un foro con una competencia territorial limitada, como el lugar de materialización del daño⁵², solo se podrá imponer una cesación respecto de los daños producidos bajo la competencia territorial de ese foro. A pesar de todo esto, el hecho de que el tribunal del foro presente una competencia ilimitada no significa que efectivamente esa acción de cesación efectivamente tenga efectos transnacionales, sino que va a depender del Derecho de fondo aplicable y su adecuación al orden público del Estado receptor de la resolución.

La complejidad en este tipo de acciones cuando nos encontramos en el plano internacional es la localización del daño. Los casos en los que el daño ya se ha materializado no se presentará esta problemática, sin embargo, en los casos en los que el daño solo es probable o posible presentan una mayor dificultad para la salvaguarda efectiva de los derechos en peligro debido a la posibilidad de caer en foros exorbitantes y al alcance global de las nuevas tecnologías de la información. Para controlar esta situación se deben acreditar por parte del demandante las actividades potencialmente ilícitas y los daños que están puedan causar en el territorio donde se pretende presentar o hacer valer la acción de cesación⁵³. Este procedimiento, necesario por una parte para evitar los foros desorbitantes, ralentiza el proceso y a menudo impide que la orden de cesación llegue a tiempo para la efectiva tutela del derecho vulnerado, y más en los casos de difamación o violación de derechos de la personalidad donde, por las circunstancias especiales del caso, se hace necesario una rápida actuación de los tribunales para la puesta en marcha de esta medida cautelar. De lo contrario no habría derecho que proteger y nos encontraríamos ante la única posibilidad de una acción resarcitoria consiste en una indemnización pecuniaria, de manera que no se cumpliría la

⁵² En la práctica judicial de los derechos de la personalidad siempre que no se solicite esta medida ante el foro del domicilio del demandado o ante el foro del lugar de origen del daño, la competencia va a ser limitada, pues el resto de los foros con conexión suficiente ante los que solicitarlas serán foro del lugar de materialización del daño.

⁵³ JIMÉNEZ BLANCO, P., *Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado 2011*, T. XI, 2011, pp. 128-131.

tutela efectiva de ese derecho, estableciéndose un sistema reparación de daños similar al inglés (“*torts*”).

El alcance global de Internet exige que para los derechos de la personalidad se deba tener muy presente la multitud de tratamientos que los distintos sistemas jurídicos realizan de esta figura alrededor del mundo. Esta situación desemboca en que una situación que tiene categoría de ilícito en un ordenamiento en otro no sea así. De esta manera, y como ya se indicó anteriormente, ese potencial alcance universal de las órdenes de cesación o prohibición se diluye para el foro del domicilio del demandado y para el lugar de origen del daño, por lo que para garantizar el efectivo cumplimiento de la medida en el lugar deseado lo más conveniente es solicitarla en el mismo foro donde se pretende hacer cumplir⁵⁴. No obstante, esto es muy difícil de llevar a cabo en la práctica debido al alcance mundial de la Red, a la necesidad de solicitar la medida ante una gran multitud de países, y a razones de economía procesal y coste la litigación que instan al demandado a acumular acciones bajo el foro del domicilio del demandado o el lugar de origen del daño. Además, es muy frecuente que la acción de cesación se dirija contra sujetos diferentes de los demandados en la acción resarcitoria principal, como son los prestadores de servicios online. Estas compañías están sujetas al Reglamento de Bruselas únicamente si presentan sede, agencia o sucursal en suelo europeo, y de no ser así, entraría en juego el sistema competencial nacional del Estado del que el demandante sea ciudadano. La gran mayoría de estas empresas tienen su sede en Estado Unidos por ser un país muy protector de la libertad de expresión de sus nacionales, y no presentan sede o sucursal con carácter de intermediario en ningún Estado miembro, de manera que, la mayor parte de las solicitudes de reconocimiento de una acción de cesación extranjeras quedará sin efecto. Únicamente en los casos, realmente pocos, en los que Estados Unidos reconocerá tal decisión es cuando la acción dañina no esté amparada por la Primera Enmienda. La jurisprudencia a este respecto arrojada por los tribunales de Nueva York y California nos enseña la complicación o la imposibilidad de hacer valer las acciones de cesación de tribunales extranjeros y concretamente europeos, siempre alegando incompatibilidades con la Primera Enmienda. A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Federal de California, sobre el asunto *Yahoo Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et L’Antisemitism*, que contesta a la solicitud de la acción de cesación

⁵⁴ MIGUEL DE ASENSIO, P.A., *Derecho privado en Internet*, Madrid, Civitas, 5ª Edición, 2015, pp. 380-383.

del *Tribunal de Grande Instance* de París, ya mencionada anteriormente que busca impedir que *Yahoo* vendiese objetos de interés nazi. En ella el Tribunal Federal sostuvo que la resolución del tribunal francés no podía hacerse valer en territorio americano sin que eso vulnerase la Primera Enmienda. Todo esto se resume en que los prestadores de servicios online y los particulares domiciliados en Estados Unidos no van acatar estas órdenes de cesación extranjeras de manera voluntaria, ni van a ser obligados a ellos por sus tribunales, de manera que, difícilmente se va a poder controlar la información y expresiones vertidas en Internet producidas por estadounidenses. Incluso para el caso en el que el prestador de servicios online tuviera sede o sucursal en suelo europeo si esta no está vinculada a la actividad de la que deriva el daño, es decir, si no son intermediarios y simplemente son sede de almacenamiento de servidores o apoyo, los tribunales de ese Estado miembro tampoco tendrán competencia para imponer acción cesación o de prohibición alguna. Ahora bien, caso distinto son las acciones resarcitorias consistentes en indemnizaciones pecuniarias y la compañía tenga sede, agencia o sucursal en territorio de la Unión, pues en este supuesto el tribunal del Estado miembro tendrá competencia para ejecutar contra los bienes de la empresa en su territorio para responder a la resolución⁵⁵.

En síntesis, estas acciones en la práctica solo tienen efecto si se solicitan ante el foro donde se pretende hacer cumplir la medida, ya que se es necesario un reconocimiento transfronterizo solo tendrá lugar si el foro requerido realiza un tratamiento muy similar de estos derechos de la personalidad y de la libertad de expresión y de información.

2. Supresión del exequátur y excepción de orden público

La principal novedad que acompañó al Reglamento de Bruselas I bis en el ámbito de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras fue la sustitución del exequátur por un sistema de reconocimiento automático de sentencias sin necesidad de declaración previa de ejecutividad por parte del Estado requerido⁵⁶. Este cambio afecta a los derechos de la personalidad, sin embargo, en un primer momento en la Propuesta

⁵⁵ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., op.cit., pp. 218-224.

⁵⁶ Vid. art.39 RBI bis.

de revisión del Reglamento de Bruselas I no se contemplaba la eliminación del exequátur para estos asuntos. Los motivos que se aludían eran las importantes diferencias de regulación y tutela entre los Estados miembros a la hora de ponderar estos derechos con las libertades de información y de expresión, también Derechos Fundamentales, y la falta de armonización en el sistema conflictual para estas materias⁵⁷. Estos motivos parecían suficientes, *a priori*, para que no se eliminase el proceso de declaración de ejecutividad de las resoluciones y conservar el procedimiento del exequátur. Sin embargo, de manera agraciada, dicho proceso finalmente no se conservó y se actuó con los derechos de la personalidad de igual forma al resto de materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento. Este cambio de intención por parte del legislador europeo viene propiciado por la falta de solidez de la justificación acerca de la necesidad de mantener el exequátur. Por un lado, en cuanto a la falta de armonización, no se comienza este proceso a no ser que existan razones técnicas y jurídicas que así lo requieran, y es obligación del legislador europeo actuar en consecuencia. Por tanto, el legislador europeo no puede, en este caso, utilizar el argumento de falta de armonización para no suprimir el exequátur porque justamente su deber es conseguir esa unidad normativa en las materias que así lo demanden. Por otro lado, ni en los derechos de la personalidad, ni en el resto de las materias dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, se puede controlar que Derecho nacional va a ser de aplicación. De esta manera, si no es posible el control de la Ley aplicable y no se admite el control de la competencia del tribunal de origen, la falta de armonización no es un argumento legítimo para mantener el sistema de exequátur. En conclusión, la falta de armonización normativa de estos derechos es una asignatura pendiente del legislador europeo que, bien por presiones entre Estados o bien por presiones de las grandes compañías, no afronta eficientemente esta tarea⁵⁸.

En el otro extremo del asunto, una supresión del exequátur no puede significar también la del control judicial que realizan los tribunales de los Estado requeridos para no aplicar una resolución contraria a los valores o principios que recoge su ordenamiento. Y eso es lo que ocurre en el Reglamento de Bruselas I bis, donde se

⁵⁷ Debido a la exclusión de los derechos de la personalidad del ámbito material de aplicación del Reglamento de Roma II.

⁵⁸ TORRALBA MENDIOLA, E., *La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? Perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo*, InDret 1/2012, pp. 29-33.
http://www.indret.com/pdf/880_es.pdf

suprime el proceso de declaración de ejecutividad pero se incluye el orden público entre las causas de denegación de reconocimiento. En este caso, no podemos reducir a hablar de los derechos de la personalidad pues todos los Derechos Fundamentales serán controlados a través de la causa de denegación del orden público. Por tanto, y en conclusión, la supresión del exequátur no supone la imposibilidad de un control por parte del Estado requerido de la decisión que se pretender hacer cumplir en su territorio. Este punto resulta lógico, pues todo Estado quiere y debe controlar las medidas ya acciones que ejecutan bajo su jurisdicción, pero esto significa el condicionamiento de la eficacia de dicha resolución a la adecuación de la misma al Derecho del foro, lo que en muchas ocasiones lleva a sentencias que no llegan a materializarse. Para evitar esta situación en la que nos encontramos, la solución pasa por una armonización normativa real y efectiva a nivel europeo con respecto a estos derechos. Sin embargo, hay que ser conscientes de la ardua tarea que significa esa unión normativa debido a las diferencias de trato, tanto en los cuerpos legales como en la propia idiosincrasia de la sociedad, en los derechos de la personalidad entre Estados miembros. Así pues, es necesario un largo proceso de negociación entre Estados y con los grandes medios de comunicación, tradicionales o Internet, para llegar a un acuerdo que beneficie directamente a la seguridad jurídica creando un sistema conflictual y de Derecho aplicable claro y seguro.

VII LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS ONLINE

La revolución que supuso la llegada de Internet para la sociedad tiene su consecuente reflejo en el mundo jurídico. Concretamente, en el ámbito de los derechos de la personalidad, significó la entrada de un nuevo modo de vulneración lo suficientemente distinto al tradicional que fue necesario una regulación propia de este nuevo supuesto a través de fundamentalmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este nuevo instrumento ofrece la posibilidad de una difusión inmediata y potencialmente global de la información dañina, lo que provoca que la tutela efectiva de estos derechos se vuelva una tarea realmente complicada. Es un trabajo imposible controlar la información y las expresiones subidas a la Red, y las acciones de cesación y prohibición, como ya se ha indicado, cuando se trata de derechos de las personalidad y estamos en el plano internacional, presentan problemas de eficacia incluso entre Estados miembros. De manera general, en estas infracciones que se cometen a través de Internet, se utiliza como medio concreto los servicios de un prestador de servicios online, que puede ser una red social, un servidor de blogs online o un simple servidor de almacenamiento de datos. Estos prestadores de servicios online pueden incurrir en cierto tipo de responsabilidad, sin perjuicio de las acciones de prohibición o cesación que pudieran solicitarse, que la víctima puede reclamar⁵⁹.

Para delimitar esta posible responsabilidad, en primer lugar, se ha de definir la naturaleza jurídica de la eventual obligación que concrete la responsabilidad, como contractual o extracontractual, en función de la relación existente entre las partes. En el medio virtual, al margen de eventuales problemas en relación con la protección de datos personales, pueden diferenciarse dos tipos de posibles relaciones con respecto a la responsabilidad indirecta del prestador de servicios online⁶⁰: el prestador de servicios online con sus usuarios -responsabilidad contractual- y el prestador de servicios online con terceros no usuarios -responsabilidad extracontractual-⁶¹.

⁵⁹ MIGUEL DE ASENSIO, P.A., *Derecho privado...t.*, pp.115-123.

⁶⁰ Por utilizar el responsable material su medio para cometer el ilícito.

El mero hecho de que exista un contrato previo entre las partes no significa que todos los posibles conflictos que puedan surgir entre ellas devengan naturaleza contractual. Los casos donde el prestador de servicios online es una red social o algún instrumento similar son mucho más complicados que cuando se trata de un servidor de almacenamiento de datos. En estos casos existe la posibilidad de que, a pesar de la relación contractual existente, la reclamación solicitada puede no pertenecer al círculo de intereses del contrato. *Ergo*, será necesario un análisis concreto de cada caso a fin de determinar con exactitud la responsabilidad existente sin que la premisa de la relación contractual sirva como único criterio para calificar la eventual obligación⁶².

De igual manera es preciso destacar la importancia de las herramientas que estos prestadores de servicios online ofrecen para “diseñar” la privacidad de sus usuarios. Los prestadores de servicios online, sirva de ejemplo la red social, suelen contar con una serie de instrumentos que ofrece a los usuarios para restringir el acceso y regular la exposición de los datos, imágenes e información que introduce en Internet. Esto es importante a la hora de una posible reclamación dado que esta posibilidad concedida al usuario debe ser entendida como una declaración de voluntad en relación con el tratamiento que busca para sus datos personales. Esto significa que la privacidad en Internet tiene como elemento delimitador de la esfera íntima personal el marco que el usuario con sus actos haya trazado en la Red⁶³.

1.Responsabilidad extracontractual

El supuesto de responsabilidad extracontractual para un prestador de servicios online consiste en una eventual exposición de una información privada, a otros usuarios del servicio o de manera general en Internet, de un tercero no usuario del servicio y que esta exhibición indebida sea consecuencia directa del mal funcionamiento del servicio. Para entender mejor este caso es conveniente poner un ejemplo, retomaremos el de la red social por ser un medio muy utilizado en estos días en la lesión de este tipo de derechos. El caso es el siguiente: un usuario cuelga una foto en una red social de él y un

⁶¹ Normalmente este supuesto se redirige a través de la figura de la protección de datos personales, pero existen otras posibles soluciones.

⁶² CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op.cit.*, pp. 115-117.

⁶³ MIGUEL DE ASENSIO, P.A., *Derecho privado...*, pp. 115-123.

amigo no usuario, y lo hace limitando su acceso a través de las herramientas que ofrece la red social para diseñar la privacidad de esa publicación. Si esa foto, que tiene su acceso restringido, como consecuencia de un mal funcionamiento del servicio, es exhibida a otros usuarios no seleccionados e incluso de forma libre en la Red, el prestador de servicios online puede generar una eventual responsabilidad por daños a la privacidad de ambos sujetos que puede ser reclamada. La red social, en relación con el usuario, incurriría en una posible responsabilidad contractual⁶⁴ y en relación con el tercero no usuario generaría una eventual responsabilidad extracontractual⁶⁵.

La responsabilidad extracontractual del prestador de servicios online puede conducirse a través de dos figuras jurídicas: que el daño es consecuencia directa de un mal funcionamiento del servicio e ir por la vía de responsabilidad extracontractual por productos defectuosos, o interpretar que el daño deriva de un mal uso de los datos personales del perjudicado y acudir a la vía de responsabilidad extracontractual por tratamiento de datos personales. La ventaja en estos casos es que ambas materias están armonizadas en la Unión Europea⁶⁶. Además de estos dos tipos de responsabilidad característicos, existe otro tipo de responsabilidad que, por las características propias de estos prestadores de servicios, puede también aparecer en este ámbito. Cuando esa información ilícita, en nuestro ejemplo la fotografía, provoque que terceros realicen comentarios difamatorios, puede surgir responsabilidad extracontractual por lesiones al honor en relación con estos terceros usuarios. En este tipo de supuestos, *a priori*, se tiene en consideración la regla de exención de responsabilidad del prestador de servicios online por los daños a sus usuarios siempre que su actuación en la retirada de la información dañina sea diligente. En este caso, se considera diligente la eliminación de los comentarios lesivos y una posible expulsión del infractor del servicio.

⁶⁴ Recordemos que en este caso no hay dudas debido a que se trata de un mal funcionamiento del servicio y eso si entra dentro del ámbito del contrato.

⁶⁵ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op.cit.*, pp.117-118.

⁶⁶ La responsabilidad por productos defectuosos mediante Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985 (DOUE, 7 de agosto de 1985), implementada en España por Ley 22/1994, de 25 de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos- derogada por el TRLGCU-. La responsabilidad por mal tratamiento de datos personales mediante las Directivas: Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de esos datos (DO L 281 de 23 de noviembre de 1995) y Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de la comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (DO L 201 de 31 de julio de 2002).

De cualquier manera, a pesar de la posible calificación de la responsabilidad a través de productos defectuosos, o mal trato de datos personales, e incluso mediante daños al honor, no debemos olvidar que nos encontramos siempre ante responsabilidad extracontractual, lo que desde el punto de vista del Reglamento de Bruselas I bis solo tiene una vía, el artículo 7.2. Esto mismo ocurre en nuestro sistema interno donde solo se prevé una norma de competencia judicial internacional en relación con la responsabilidad extracontractual: el artículo 22 quinquies de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.Responsabilidad contractual

La lesión de la privacidad de un usuario debida directamente al funcionamiento del servicio hace que la obligación presente devengue naturaleza contractual. Esta calificación de la responsabilidad condiciona el tribunal competente de conocer el asunto, pues el artículo 7.1 del Reglamento establece que la competencia será de los tribunales del Estado “*en el que se haya cumplido o deba cumplirse la demanda*”. Para puntualizar ese lugar de cumplimiento de la obligación el Reglamento, en el apartado b) de su artículo 7.1 redacta una serie de reglas en función del contrato objeto de la demanda. Sin embargo, este apartado no define que se entiende por cada uno de los contratos contenidos sino que se limita a especificar el criterio espacial del apartado a)⁶⁷. Esto sumado a la gran variedad de posibles contratos existentes para los prestadores de servicios online, en función de las actividades que realicen, no es posible establecer una única regla competencial aplicable para todos ellos. Para tratar de solucionar esta contrariedad, el Tribunal de Justicia ha establecido una doctrina para la aplicación del artículo 5 del antiguo Reglamento de Bruselas I. De entre toda la jurisprudencia del Tribunal vamos a destacar la sentencia *Falco*⁶⁸ donde se indica que la categoría contractual más ajustada a este tipos de casos es la prestación de servicios. La prestación de servicios exige que exista una contrapartida por parte del usuario que generalmente consistirá en una remuneración económica. En estos contratos con prestadores de servicios online, como una red social, la contrapartida consiste en los datos personales de usuario que son utilizados por la red social para lucrarse

⁶⁷ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op.cit.*, p.119.

⁶⁸ STJUE asunto C.533/07, de 23 de abril de 2009. “*Falco sobre contratos de licencia de explotación de Derechos de Propiedad Intelectual*”.

posteriormente⁶⁹. De esta manera, este tipo de responsabilidad por prestación de servicios puede sustentar su competencia en el apartado b) del artículo 7 del Reglamento⁷⁰. La determinación de los tribunales competentes, en este supuesto de prestación de servicios, está definida por el lugar de cumplimiento de la obligación (entendiendo por obligación los servicios del prestador). Siguiendo con esta idea, en el ámbito virtual se considera que el lugar donde se prestan los servicios, y por tanto donde debe cumplirse la obligación, puede ser allí donde el usuario hace usos de ellos, que de manera general va a coincidir con su lugar de residencia⁷¹. Esta no es la única interpretación posible en relación al tipo de contrato, pues se plantea también la eventualidad de que algún supuesto en el que la obligación no pudiera ser considerada como prestación de servicios, generalmente por considerar que es el propio usuario el proveedor en la relación, a través de su información de carácter personal colgada en la Red. Esta situación desplazaría el foro competente al indicado en el artículo 7.1 del Reglamento. Personalmente considero que desde un punto de vista jurídico formal el supuesto que estamos analizando se ajusta mejor a los contratos de prestación de servicios, por sus características propias y por la situación de vulnerabilidad del usuario en relación con la empresa. No obstante, desde un punto de vista jurídico material no existe tanta diferencia, pues en ambos casos la determinación de los tribunales competentes viene restringida por el lugar de cumplimiento de la obligación, lo que provoca que en la práctica estos tribunales designados por ambas interpretaciones coincidan. El lugar de cumplimiento de la obligación para los prestadores de servicios online se localiza donde el usuario realiza uso de ellos, que normalmente será su lugar de residencia, y el lugar de cumplimiento para el usuario proveedor de información de igual manera es desde donde este los sube o cuelga a Internet, que de manera general será también su lugar de residencia⁷².

⁶⁹ SOLER PRESAS, A., *Am I in Facebook, Sobre la responsabilidad de las redes sociales online por intromisión en la privacidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto* (en línea), <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/7018>.

⁷⁰ Existen otras posibles interpretaciones en relación con el tipo de responsabilidad contractual del que se trate, no obstante, en concordancia con autores como Cordero Álvarez, considero que la vía de prestación de servicios es la mejor solución.

⁷¹ Para sustentar esta teoría, entre otras, STJUE asunto C-204/08, de 9 de julio de 2009. “Rehder”.

⁷² MIGUEL DE ASENSIO, P.A. *El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia*, en Entre Bruselas y La Haya (Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado – Liber amicorum Alegría Borrás), Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 291-307.

La calificación de estos contratos como de prestación de servicios requiere tener en cuenta ciertos elementos cuando nos encontremos en el medio virtual. En primer lugar, se ha de comprender que el lugar de prestación de servicios no es donde la compañía ejecute su actividad a través de su personal, y tenga su equipo técnico, pues la simple actividad no es suficiente. Así, se hace necesario que esta actividad se complemente con la acción de usuario y que este adquiera algún tipo de resultado. Esto quiere decir que el lugar de cumplimiento será aquel donde se produzca la interacción entre usuario y prestador de servicios a través de Internet. En segundo lugar, se ha de tener en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para los contratos de prestación de servicios tradicionales, que insta a localizar únicamente en un lugar el cumplimiento de la obligación y que este sea el lugar del establecimiento del prestador de servicios. De esta manera, se busca cumplir con la seguridad jurídica y el principio de previsibilidad del juez competente, así como el principio de proximidad. Sin embargo, este lugar de establecimiento como criterio de competencia puede ser desechado en el caso de prestadores de servicios online, si se considera que ese lugar es elegido arbitrariamente, práctica bastante usual entre estas empresas que sitúan sus establecimientos bajo legislaciones muy protectoras de sus intereses como puede ser la estadounidense. Es en este caso concreto, cuando nos encontramos ante lesiones de derechos de la personalidad del usuario debido al funcionamiento del servicio online, y cuando estas compañías tengan sus establecimientos situados arbitrariamente, las características propias del ilícito pueden trasladar la competencia hacia un foro donde se proteja de manera más efectiva los intereses del usuario. De esta manera, la competencia se traslada hacia el lugar donde concurren todos los derechos presuntamente vulnerados, es decir, su centro de intereses, que de manera general será su lugar de residencia. Y de igual forma, hacia el lugar desde que el usuario accedió a los servicios, que normalmente será su lugar de domicilio. Siempre y cuando estos foros presenten conexión suficiente con la vulneración. También es necesario destacar si el usuario tiene notoriedad en otros Estados miembros donde se dirigen esos mismos servicios online existe la posibilidad para el demandante de litigar en alguna de esas otras jurisdicciones⁷³.

⁷³ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op.cit.*, pp. 118-123.

Como podemos observar, la localización del lugar de cumplimiento de la acción presenta grandes problemas de concreción incluso entre litigios que tengan el mismo objeto, la vulneración de la privacidad. La gran complejidad que entraña los ilícitos a través de Internet añadido a la falta de armonización normativa en el plano europeo en estos temas provoca que se haya de observar cada caso de forma particular, determinar la competencia de manera individualizada, y a pesar de todo estos, las soluciones pueden llegar a ser muy dispares, incluso entre Estado miembros.

3. Contratos de consumo

Existe la posibilidad de que estos contratos de prestación de servicios puedan ser calificados como contratos de consumo, lo que supone que entra en juego el régimen de competencia especial del artículo 17.1 del Reglamento, donde se establece que *“en materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección(...)cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades”*⁷⁴. En cada caso concreto debe realizarse un análisis para ver si nos encontramos efectivamente ante contratos de consumo. Esta posibilidad de considerar estos contratos online como de consumo es válida ya que esta calificación se utiliza incluso para contratos en los que los consumidores únicamente se limiten a dar su aceptación en el contrato, sin asumir obligación alguna⁷⁵ frente al prestador de servicios⁷⁶. Esto es precisamente el supuesto de aceptación de las condiciones de uso y de los términos del servicio, previos a utilizar los servicios de, por ejemplo, una red social. Para que este precepto resulte de aplicación es necesario que el profesional realice sus actividades comerciales en el Estado miembro de residencia del consumidor y que el contrato verse sobre tales actividades. El mero hecho del acceso a la

⁷⁴ Sobre criterios para definir al consumidor, *vid.* STJCE asunto C- 89/91, de 19 de enero de 1993. *“Shearson Lehman Hutton, Inc.”*

⁷⁵ Sin considerar la utilización de tus datos personales como una verdadera obligación frente a la otra parte.

⁷⁶ STJCE asunto C-180/06, de 14 de mayo de 2009. *“Ilsinger”*.

información no es criterio suficiente, sino que es necesario que de manera efectiva se dirijan actividades comerciales con los consumidores en sus Estados miembros de domicilio. Por tanto, el simple acceso es insuficiente y es necesario que el consumidor pueda desarrollar todas las funciones que el servicio ofrece.

Si después del análisis del caso concreto resultan de aplicación los preceptos de los contratos de consumo, significa que el perjudicado tendrá la posibilidad de litigar bien en el Estado miembro donde el prestador de servicios tenga algún establecimiento, o bien en su Estado miembro de residencia. De esta manera, se busca una mayor protección para la víctima frente a la situación de poder de estas compañías. Sin embargo, en la práctica estos prestadores de servicios online incluyen en sus contratos cláusulas que preestablecen el ordenamiento ante el que litigar en caso de posible conflicto, y de manera general, esos ordenamientos no pertenecen a Estados miembros. No obstante, esta práctica es manifiestamente contraria al espíritu que busca la protección del consumidor en la Unión, por lo que debido a la presumible falta de negociación de las partes en esas cláusulas, y salvo que estas hayan sido firmadas con posterioridad al nacimiento del litigio, le otorguen diferentes posibilidades ante las que litigar al consumidor o reconozcan competencia al Estado de residencia de las partes, estas cláusulas serán nulas y no podrán trasladar la competencia a jurisdicciones favorables a estas compañías⁷⁷.

⁷⁷ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op.cit.*, pp.125-127.

VIII.DERECHO APLICABLE

1.EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL REGLAMENTO DE ROMA II

En los litigios internacionales de Derecho privado, además de establecer el tribunal nacional encargado de conocer el asunto, es necesario también asignar que ordenamiento jurídico resulta de aplicación. El hecho de que, por ejemplo, sean los tribunales españoles los encargados de conocer, no significa que el Derecho de aplicación al asunto sea necesariamente el español. Para regular este fenómeno, el legislador europeo promulgó el Reglamento de Roma II⁷⁸, donde diseña un sistema de normas para establecer el Derecho aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual⁷⁹. De esta manera, desde el Consejo y el Parlamento se buscó una armonización conflictual del Derecho aplicable en los litigios civiles internacionales, de igual forma que se realizó en relación con las normas competenciales mediante el Reglamento de Bruselas I bis y su sistema de foros. Sin embargo, este texto europeo deja fuera de su ámbito de aplicación material a las obligaciones extracontractuales “*derivadas de violaciones de la privacidad y derechos de la personalidad, incluida la difamación*”, como se puede apreciar en el artículo 1.2 g) del Reglamento de Roma II⁸⁰. Esta exclusión resulta cuanto menos extraña, fundamentalmente dos razones: En primer lugar, la tendencia general en el seno de la Unión hacia la unificación normativa en relación con los litigios internacionales, a fin de crear un marco común europeo donde litigar en un Estado miembro o en otro no presente grandes diferencias. En segundo lugar, la exclusión del ámbito de aplicación de los derechos de la personalidad supone que en todos los casos en los que la responsabilidad devenga extracontractual, que serán todos aquellos en los que no exista vínculo previo entre las partes⁸¹, resulte de aplicación el sistema de normas de Derecho internacional privado interno de cada

⁷⁸ Reglamento (CE) No 864/2007 de 11 de julio de 2007. “*Reglamento de Roma II*” relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DO L199/40).

⁷⁹ De aplicación para todos los asuntos producidos a partir del 11 de enero de 2009 (art.31 RR II) y para todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca.

⁸⁰ Con excepción de los litigios por ataques contra la reputación entre competidores que pueda reconducirse a través de la competencia desleal.

⁸¹ Siempre y cuando el objeto de la demanda este en el ámbito del contrato.

Estado miembro. La consecuencia principal de esta circunstancia son las posibles resoluciones discordantes en relación con el Derecho material de aplicación, de manera que pueden darse problemas de reconocimiento de decisiones extranjeras dentro del espacio europeo⁸². En la práctica esto se traduce en la invocación del orden público como causa de denegación de reconocimiento, dado que lo que es un ilícito para el Derecho del Estado de origen puede estar menos protegido o no serlo para el Estado receptor. Además, la coexistencia de normas europeas y normas nacionales que regulan los supuestos de materias excluidas, como es el caso de los derechos de la personalidad, en la práctica supone un alto grado de complejidad que conlleva inseguridad e incertidumbre jurídica⁸³.

Los motivos de esta exclusión de aplicación del Reglamento pueden resumirse fundamentalmente en dos: la falta de acuerdo en cuanto a la regulación por las diferencias de tratamiento entre los distintos Estados miembros y la presión de grandes colectivos muy influyentes en la sociedad como son los *lobbys* formados por los grandes medios de comunicación. En relación con la falta de acuerdo, la principal causa es el tratamiento tan dispar que realizan de estos derechos y la consecuente problemática que supone su colisión con las libertades fundamentales de información y expresión. Para superar esta contrariedad sería necesaria una aproximación a un concepto de privacidad europeo común, tarea realmente compleja, pero no imposible. Según el criterio de autores reconocidos por la doctrina, como Cordero Álvarez o Álvarez Rubio, y ciertamente bajo el mío propio también, estas diferencias podrían haber sido salvadas con tiempo y esfuerzo para buscar un acuerdo entre los Estados miembros. En relación la presión de los grupos de medios de comunicación, el problema reside en que estos únicamente admitían como criterios de conexión el Estado del establecimiento del editor o el Estado de origen⁸⁴. El motivo alegado por estos grupos de presión es contar con una garantía real de efectiva protección de las libertades de información y expresión. No obstante, resulta curiosa la idea de buscar una garantía de protección de un derecho defendiendo la no armonización normativa y un sistema

⁸² ÁLVAREZ RUBIO, J.J. (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Navarra, Cizur Menor, 2009, pp. 205-209.

⁸³ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op.cit.*, pp. 231-236.

⁸⁴ AMORES CORANDI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., *Difamación y Roma II*, Anuario Español de Derecho internacional privado, T. VII, 2007, pp. 251-255.

complejo y poco eficaz como el que contamos ahora. Por esta incoherencia no considero válida la justificación de estos *lobbys* y, bajo mi criterio, son los principales culpables de la exclusión de los derechos de la personalidad.

La aparición del fenómeno de Internet y la sociedad de la información revoluciona por completo el ámbito de los derechos de la personalidad y consecuentemente el de la responsabilidad extracontractual en litigios internacionales. Las características propias del medio virtual crean un entorno global donde no existen fronteras como espacios delimitadores de competencia, pues la Red ofrece libertad de comunicación con una difusión potencialmente global y a coste prácticamente cero. Por tanto, es necesaria una actuación desde el Consejo y el Parlamento europeos para la creación de una norma común europea sobre Derecho aplicable a estos supuestos, de igual forma que se ha realizado para otros ilícitos internacionales en relación con el Derecho de daños⁸⁵. La complejidad de esta empresa es evidente, pues la colisión con las libertades fundamentales a la información y a la libre expresión provoca que sea necesaria la negociación y buena voluntad de los Estados miembros. La reglamentación uniforme se ha de alcanzar, en primer lugar, a través de una correcta y delimitadora definición del contenido y el significado de las libertades de la información en Europa, así como de los derechos de la personalidad. Y en segundo lugar, mediante la creación de un sistema de normas de conflicto garantistas basadas en una justa ponderación entre categorías de derechos igualmente fundamentales. Esta ponderación es un proceso difícil pero no imposible, y prueba de ello es que el propio Reglamento de Roma II prevé expresamente la futura incorporación de las lesiones de los derechos de la personalidad a través de su artículo 30: *“A más tardar el 31 de diciembre de 2008, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un estudio sobre la situación en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad y de los derechos relacionados con la personalidad, teniendo en cuenta las normas sobre la libertad de prensa y la libertad de expresión en los medios de comunicación, y las cuestiones sobre conflicto de ley relacionadas con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre*

⁸⁵ Daños relacionados con el medio ambiente o daños por productos defectuosos, por ejemplo.

circulación de estos datos”. De este precepto se desprende claramente la intención del legislador europeo de incluir estas materias, sin embargo la fecha de 31 de diciembre de 2008 se cumplió sin que tal estudio y no fue hasta el 25 de mayo de 2011 cuando la Comisión de Asunto Jurídicos del Parlamento lo publicó. No obstante, a pesar de las iniciativas y declaraciones de voluntad desde la Unión, el *status quo* de estos derechos no aparenta cambio o solución a corto y medio plazo.

2. REGLAMENTO DE ROMA I

El carácter contractual de una obligación relacionada con la vulneración de los derechos de la personalidad viene marcado por la existencia de una vinculación legal previa entre las partes y la demanda tiene como objeto algún elemento de esta. Los supuestos fundamentales de responsabilidad contractual en la lesión de la privacidad son los contratos de puesta a disposición de imagen y los daños sufridos por un usuario de un prestador de servicios online debido al mal funcionamiento de este. De cualquier manera, en todos los casos que la responsabilidad devenga contractual dentro del espacio judicial europeo será de aplicación el Reglamento de Roma I⁸⁶ para determinar el Derecho aplicable.

Antes de comenzar a interpretar el Reglamento en busca de Ley aplicable, se ha de observar si existe acuerdo de vinculación entre las partes en virtud de su artículo 3, donde se especifica que *“el contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”*. En la vulneración de los derechos de la personalidad, donde el medio elegido para cometer el ilícito es el virtual, es muy frecuente que en los contratos de adhesión que los usuarios aceptan aparezcan cláusulas que fijan tanto los tribunales competentes como la Ley que resultará de aplicación en caso de futuro litigio⁸⁷.

⁸⁶ Reglamento (CE) No 593/2008 de 17 de junio de 2008. “Reglamento de Roma I” relativo ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO L 177/6).

⁸⁷ Por ejemplo las condiciones de Facebook (<https://www.facebook.com/termas.php?ref=p>) o de Twitter (<https://www.twitter.com/tos>).

En caso de no existir acuerdo o cláusula que establezca el Derecho aplicable, o que la sumisión devenga ineficaz por decisión judicial⁸⁸, es necesario definir el tipo de contrato que une a las partes. Este tipo de contratos de prestación de servicios online se encuadran en los de prestación de servicios del artículo 4.1g) del Reglamento a fin de permitir su aplicación. Esto es la práctica más generalizada, sin embargo, es preciso analizar cada caso de manera individualizada, especialmente cuando se trata de contratos de puesta a disposición⁸⁹. Si el contrato finalmente se entiende dentro del tipo de prestación y servicios se ha de acudir al artículo 4.2 del Reglamento donde se transcribe que el litigio “*se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato*”. Para este tipo de litigios, la mayor parte de la doctrina entiende que es el usuario el que realiza la prestación característica al ser proveedor de la información colgada en Internet. En conclusión, en los casos de responsabilidad contractual derivada de vulneraciones de los derechos de la personalidad será de aplicación el Derecho del Estado de domicilio del usuario.

3.APLICACIÓN DE LA NORMA DE FUENTE INTERNA. EL ARTICULO 10.9 DEL CODIGO CIVIL

La exclusión de la vulneración de los derechos de la personalidad del marco de aplicación del Reglamento de Roma II supone que no existe norma de conflicto específica a nivel europeo para designar el Derecho aplicable. Ante esta situación, son los ordenamientos nacionales de cada Estado los que tendrán que, a través de sus propias normas de conflicto, establecer para cada caso concreto la ley bajo la que se realiza el litigio. En el sistema de Derecho internacional privado español existen diversas tesis para catalogar la vulneración de la privacidad, no obstante, la tesis dominante, y la seguida por este estudio, consiste en calificar este tipo de responsabilidad como extracontractual⁹⁰.

⁸⁸ En los casos que el contrato sea catalogado como contrato de consumo.

⁸⁹ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op.cit.*, pp. 238-240.

⁹⁰ En este apartado no se contempla la eventual responsabilidad contractual ya que esta sí tiene su norma de conflicto específica contenida en el Reglamento de Roma I, de manera que el sistema de DIPr español nunca es de aplicación en ese supuesto.

La norma de conflicto prevista en el ordenamiento español es el artículo 10.9 del Código civil. Este precepto indica el Derecho aplicable en asuntos derivados de conflictos relacionados con las leyes internas y los problemas de Derecho de aplicación en materias excluidas de Reglamento de Roma II, con independencia del medio utilizado para cometer el ilícito⁹¹. El artículo 10.9 indica que el Derecho aplicable será “*la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven*”, esto significa que el sistema español se rige por el principio *lex loci delicti* sin atender a la materia o las características del caso. Esta desatención puede llevar a soluciones injustas desde el punto de vista material al darle el mismo tratamiento a todos los asuntos en un ámbito, como es el de los derechos de la personalidad, dinámico y cambiante donde se debe analizar cada caso de forma individualizada. Además, esta realidad contrasta con otras posibilidades escogidas por otros Estados miembros, que utilizando también el principio *lex loci delicti* como base, lo hacen de forma matizada y especificando supuestos de ilícitos internacionales, en este sentido véase los artículos 38 a 46 de la Ley de Introducción al Código civil alemán⁹².

La solución del sistema de Derecho internacional privado español, a través del artículo 10.9 del Código civil, no presenta el nivel de eficacia deseado para los derechos de la personalidad por varias razones: Por un lado, para establecer el Derecho sustantivo en base al que se va a litigar, el juez nacional español solo dispone de este artículo 10.9, es decir, que con este precepto muy poco ilustrativo el juez deberá resolver cualquier pretensión de las partes para este tipo de litigios: acción de resarcitoria y acción de prohibición o cesación. Por otro lado, la expresión “*obligaciones no contractuales*” resulta poco precisa, teniendo en cuenta el gran número de supuestos que generan responsabilidad extracontractual. Esta forma de redacción choca frontalmente con otros ordenamientos europeos donde estas “*obligaciones no contractuales*” son desglosadas en una pluralidad de normas de Derecho internacional privado, que contemplan una multitud de supuestos diferentes de obligaciones extracontractuales. A modo de ejemplo, véase la Ley federal suiza de Derecho internacional privado de 1987 donde se

⁹¹ FERNÁNDEZ ROZAS, C., SÁNCHEZ MORENO, S., *op.cit.*, pp. 611-613.

⁹² Esta norma específica para los litigios internacionales consiste en la aplicación del Derecho del Estado en que realizó el ilícito el sujeto obligado a indemnizar, a no ser que el perjudicado solicite la aplicación del Derecho del Estado donde se haya materializado el resultado del ilícito.

recogen de manera individualizada los diferentes supuestos que el ordenamiento suizo recoge como obligaciones extracontractuales⁹³.

En el caso concreto de ilícitos relacionados con los derechos de la personalidad, la aplicación de este artículo provoca una serie de complicaciones, que de manera general tiene que ver con el punto de conexión elegido por el legislador: *la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven*. En muchas ocasiones resulta complejo establecer de manera exacta el Estado o Estados donde se cumple ese criterio. De esta manera, tanto el sistema español como una parte mayoritaria de la doctrina se inclinan, a diferencia otros Estados miembros importantes, por una interpretación favorable al criterio del lugar de origen del lugar de resultado del daño. No obstante, la redacción del artículo, cuanto menos escasa e imprecisa, permite también sostener una interpretación en sentido contrario y favorecer el criterio de lugar de resultado. Esta situación provoca unos niveles de inseguridad jurídica nada deseable en un proyecto judicial internacional como el europeo⁹⁴.

El artículo 10.9 del Código civil está redactado de manera que no se puede concretar *a priori* el Derecho aplicable en supuesto deslocalizados, donde el lugar de origen y el de materialización de daño son distintos, y de manera especial cuando es materialización del daño sea manifiesta en varios Estados de resultado. Esta deslocalización de los lugares de origen y resultado, añadido a la plurilocalización del daño, son dos de las características más comunes para los ilícitos consistentes en vulneración de los derechos de la personalidad. Ante esta situación es totalmente necesario buscar una solución de interpretación de este artículo, de manera que se garantice la seguridad jurídica. Para lograr tal fin, la solución más efectiva consiste en la interpretación de este artículo 10.9 bajo el mismo criterio tradicional de “*lugar del daño*” recogido en el Reglamento de Roma II para ilícitos a distancia, de manera que nos acercáramos a la posición de la generalidad de Estados miembros, lo que favorece la armonización del sistema de Derecho internacional privado español con el europeo. Según esta interpretación, lo único relevante para establecer la ley aplicable es el lugar

⁹³ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op.cit.*, p.237-238.

⁹⁴ AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., *XI Tesis sobre el Estatuto Delictual*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI) , nº 8, 2014, <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/xi-tesis-sobre-estatuto-delictual>

de materialización del daño o lugar de resultado (*locus damni*) con independencia del lugar de origen de ese daño (*locus delicti*)⁹⁵. No obstante, *a priori* puede parecer que esta interpretación conlleva que resulten de aplicación simultáneamente una pluralidad de ordenamientos, en virtud del criterio de lugar de materialización del daño. Sin embargo, este fenómeno se limita en la práctica porque para que un Derecho sea de aplicación en virtud del criterio del lugar de resultado, es necesario además de la difusión en ese territorio, que el perjudicado presente un interés o notoriedad personal en el mismo, lo que, excepto en el caso de personalidades mundialmente conocidas, provoca que de manera general las posibilidades de demandar se reduzcan a un Estado, que normalmente será el de residencia habitual del perjudicado, por ser donde presenta notoriedad o tiene su centro de intereses⁹⁶.

Para autores importantes de la doctrina como Amores Conradi, Torralba Mendiola y Cordero Álvarez, entre otros, la solución más eficaz para el Derecho internacional privado español, en relación con las obligaciones extracontractuales derivadas de vulneraciones de los derechos de la personalidad excluidas del Reglamento de Roma II, consiste en consagrar la ley del Estado de residencia habitual de la víctima como regla general⁹⁷. La interpretación del artículo 10.9 del Código civil basada en el lugar de materialización del daño, como se ha podido observar durante su análisis en el párrafo posterior, conduce de manera general a que el Derecho de aplicación sea el del Estado donde el perjudicado tiene su residencia habitual, al ser donde normalmente se encontrará su centro de intereses. Esta parte de la doctrina propone legislar esta práctica de manera específica, a través de la creación de una regla, similar a la del domicilio del demandado en lo referente a la competencia internacional, que indique que el Derecho de aplicación de manera general será el del Estado de residencia habitual del perjudicado.

⁹⁵ A favor de esta interpretación: Sentencia de la AP de Baleares de 21 de noviembre de 2000. *Fotografías tomadas al actor Michael Douglas en Mallorca, las mismas fueron publicadas y difundidas en Inglaterra. El tribunal español estableció, en aplicación del artículo 10.9 Cc, que el Derecho de aplicación al litigio era el inglés, como lugar de materialización o resultado del daño.*

⁹⁶ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op.cit.*, pp. 290-292.

⁹⁷ AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., *XI Tesis... op.cit.*

4.MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La regulación de la vulneración de estos derechos tiene diferencias muy significativas entre ordenamientos, incluso entre Estados miembros, especialmente entre sistemas continentales europeos y sistemas anglosajones. Los sistemas continentales (*civil law*) articulan la tutela de estos derechos a través de la figura jurídica de las obligaciones extracontractuales, mientras que los sistemas anglosajones (*common law*) la articulan a través del derecho de daños (torts). A pesar de estas diferencias de trato, gracias a la costumbre y tradición legislativa a nivel europeo, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con este tema, se puede hablar de un mínimo marco común normativo europeo. La tutela de estos derechos se realiza de manera general a través del orden jurisdiccional civil, específicamente mediante la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, algunos supuestos pueden contemplarse también desde la responsabilidad civil contractual⁹⁸, e incluso la posible responsabilidad penal ante la lesión de los mismos.

Los ordenamientos continentales europeos (*civil law*) protegen estos derechos de manera similar. El bien jurídico a proteger es la personalidad, como un ente abstracto, como un todo, por lo que se otorga un tratamiento conjunto sin que exista distinción, ya se trate de la privacidad propiamente dicha, intimidad y propia imagen, o la reputación ajena. Por el contrario, en los modelos anglosajones no se realiza este agrupamiento de derechos, sino que existen dos derechos diferentes con su propia tutela cada uno, la intimidad (*privacy*) y la difamación (*defamation*).

Las grandes diferencias entre los sistemas continentales se refieren a los requisitos necesarios para que se pueda exigir la protección judicial de estos derechos y su alcance. En líneas generales, reconocen una acción indemnizatoria frente a la potencial intromisión, así como medidas de prohibición o cesación de las conductas lesivas⁹⁹. Particularmente en el caso español, estos derechos se regulan conjuntamente a través del artículo 1902 Código civil., la Ley Orgánica 1/82 y la Ley Orgánica 15/1999,

⁹⁸ Algún caso de prestador de servicios *online* o extralimitación en un contrato de puesta a disposición.

⁹⁹ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., op. cit, pp., 57-59.

de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. El art. 1902 es la regla general para la acción indemnizatoria, ya sea responsabilidad civil como penal. Este precepto es el fundamento general de la responsabilidad civil derivada del ilícito, y es de aplicación subsidiaria. La Ley Orgánica 1/82 es la norma específica que regula estos derechos, por tanto, la víctima en el sistema español tiene dos vías judiciales ante la potencial intromisión. De un lado, la Ley Orgánica 1/82 como normativa específica, y, de otro, el artículo 1902 Código civil, como regla genérica. La vía de la Ley Orgánica tiene ciertas ventajas frente al Código civil: su carácter específico, la legitimación que otorga, el plazo mayor para reclamar la tutela (cuatro años), y la presunción del perjuicio de existir intromisión¹⁰⁰.

La Ley Orgánica 1/82 regula de manera específica la reglamentación y tutela del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen. Define de manera general estos derechos y los supuestos que son susceptibles de tutela¹⁰¹, estableciendo en su artículo 9 las medidas concretas a adoptar frente a una intromisión: por un lado, la acción de cesación y la acción de abstención, medidas dirigidas a poner fin a la acción lesiva y evitar que se repita en el futuro; y, por otro lado, el derecho de réplica y el derecho a la publicación de la decisión judicial que declara la existencia de la intromisión o la infracción, ambos derechos dirigidos a restaurar la imagen o reputación de la víctima. También se reconoce el derecho a la compensación o indemnización por daños tanto de tipo pecuniario o no pecuniario. En este sentido el legislador español trata de reparar desde dos ámbitos los daños producidos por la intromisión o infracción contra estos derechos: desde el ámbito del resarcimiento moral donde se busca la restauración de la imagen de la persona al estado antes de la intromisión, una especie de “lavado de imagen”, a través del derecho a réplica y al de publicación de sentencias; y desde el punto de vista pecuniario, tanto por el posible beneficio cesante provocado por el ilícito, como por el daño provocado a la moral o la reputación de la víctima valorado en dinero¹⁰².

¹⁰⁰ REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, Segunda Edición, 2005, pp.412-413.

¹⁰¹ En concordancia con las directrices y la jurisprudencia de la UE y sus Tribunales. Define los supuestos de manera general, pues serán los jueces los encargados de decidir si existe intromisión para cada caso concreto.

¹⁰² El daño a la moral presenta doble protección, una de restauración de la situación anterior, y otra de carácter de indemnización monetaria por los daños producidos.

La mayoría de los ordenamientos europeos recogen, bien dentro de la responsabilidad contractual, bien dentro de la extracontractual, para este tipo de litigios, una acción de resarcimiento o reparación. Esta acción es la principal a la hora de proteger estos derechos y reparar su posible lesión, y se define como una condena al demandado a pagar una indemnización por daños y perjuicios. La diferencia entre sistemas jurídicos provoca que, en ocasiones, el total de la cuantía a indemnizar varíe y, en consecuencia, puedan sobrevenir problemas de reconocimiento. Junto con esta medida, podemos encontrar otras que también son comunes a la mayoría de sistemas, como las acciones que tratan de dar cese a la actividad lesiva y las preventivas de un daño futuro, que se traducen en acciones de prohibición o cesación de la actividad ilícita. Estas acciones pueden realizarse junto con la acción de reparación o también de manera separada conformándose en ambos casos como medida de fondo. Es preciso distinguir estas acciones de las medidas cautelares o provisionales que buscan el cese del ilícito, en la medida en la que al ser accesorias, la víctima también puede solicitarlas junto a las medidas del fondo principal del proceso. Cosa distinta es la posibilidad de ejercitar estas medidas junto con la de reparación por razones de economía procesal¹⁰³.

El juego de la competencia judicial internacional en la mayoría de jurisdicciones nacionales es idéntico, ya se trate de la acción resarcitoria o de la acción de cesación/prohibición. Esto es así porque el legislador europeo y el nacional no articulan la competencia judicial internacional en función de la medida que la víctima desee ejercer. Esta falta de diferenciación se hace patente también a la hora de seleccionar el Derecho aplicable, y al reconocer y ejecutar decisiones judiciales extranjeras.

La víctima podrá determinar la jurisdicción competente para proteger sus derechos en función de los criterios del sistema de Derecho internacional privado aplicable, que en nuestro objeto de estudio es el europeo, y de manera subsidiaria el de fuente autónoma o interna. Esta elección se reduce a acudir a los fueros generales, o en su defecto, atenerse al fuero especial en materia de responsabilidad civil extracontractual que se concreta en el lugar del daño. Si escogemos los fueros generales existen dos posibilidades: el principio de autonomía de las partes (fuero de sumisión expresa y tácita), y el fuero del domicilio del demandado. Entre los fueros del domicilio

¹⁰³ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op. cit.*, pp., 89-90.

de demandado (fuero general) y el fuero del lugar de daño (fuero especial) no existe ninguna relación jerárquica, por lo que se puede dar una posible concurrencia de foros para conocer del asunto. Si esto llega a ocurrir, en la práctica se han de aplicar los criterios previstos para resolver los problemas de litispendencia o conexidad procesal, siempre que se hayan abierto sendos procesos ante los respectivos tribunales nacionales.

Otro supuesto muy frecuente en la práctica y que tiene su propio sector normativo, consiste en atentados al honor o a la reputación ajena de un profesional, y el daño tiene relación con su ámbito laboral (supuesto de ataques de reputación entre competidores en el mercado), el profesional perjudicado, persona física o jurídica, cuenta con dos opciones para conseguir la reparación de la lesión: En primer lugar, la potencial lesión puede ser considerada como difamación buscando la tutela de la persona física o jurídica en el ámbito profesional, o bien, en segundo lugar, la potencial lesión puede ser considerada como una acción de denigración, encuadrándose el comportamiento lesivo dentro de lo tipificado como competencia desleal. Será la víctima la encargada de decidir, en caso de que el derecho aplicable lo permita, la vía que quiere tomar de entre estas dos para hacer valer sus derechos. Ambos caminos se encuentran en el punto de la responsabilidad extracontractual, de manera que la elección de uno u otro no afecta a la competencia judicial internacional que se regirá por las reglas generales.

Por último, la mala gestión de los datos personales puede dar lugar al nacimiento de un derecho de resarcimiento o indemnización a favor del perjudicado, cuando se trate de información de carácter privado. En estos casos, hemos de acudir a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal que legitima al titular del derecho lesionado a solicitar una indemnización frente a la jurisdicción civil. En estos asuntos, las reglas de competencia judicial internacional a utilizar en este tipo de litigios son las mismas que para los procesos anteriormente analizados¹⁰⁴.

Tras enumerar y definir las posibles acciones ejercitables por la víctima, tenemos que hacer referencia a las acciones ejercitables por el potencial responsable del daño hacia la potencial víctima, que también existen. Si el potencial responsable es un

¹⁰⁴ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op. cit.*, pp., 90-93.

medio de comunicación, como comunicador de masas, podrá ejercitar ciertas acciones para exonerar su responsabilidad con carácter previo. Estas acciones son conocidas como acciones declarativas negativas, y consisten en una acción anterior a la publicación que pone en marcha el medio de difusión, con objeto de declarar la inexistencia de cualquier violación de los derechos de la personalidad¹⁰⁵, o que la intromisión esté amparada por la ley.

5.ARMONIZACIÓN MATERIAL EUROPEA COMO PERSPECTIVA DE MEJORA

Para la regulación de la difamación y las lesiones de los derechos de la personalidad existen a nivel europeo 28 normas de conflicto internas para establecer qué Derecho será de aplicación. Este hecho sumado a la gran diferencia de tratamiento entre los Estados miembros¹⁰⁶ y la multitud de técnicas legislativas existentes para este ámbito supone unos niveles de inseguridad jurídica nada deseables para el marco judicial común que desde el seno de la Unión se quiere crear¹⁰⁷. El reconocimiento y regulación de estos derechos de la personalidad por el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece un marco mínimo común, aunque insuficiente, relativo al equilibrio de estos derechos con otros igualmente fundamentales, como son las libertades de expresión e información.

Para parte importante de la doctrina, autores como Cordero Álvarez o Álvarez Rubio, y bajo mi criterio personal, es estrictamente necesario una respuesta por parte del legislador europeo en aras de la creación de ese “espacio judicial común europeo en materia civil”. Las diferencias, tanto de reconocimiento como de regulación, como la ausencia de norma de conflicto específica para la vulneración de derechos de la personalidad que devenga responsabilidad extracontractual, provoca que esta materia se encuentre insuficientemente armonizada, y en consecuencia no se garantice la tutela efectiva y el buen funcionamiento de la justicia en relación con estos derechos. Este funcionamiento de la justicia en un plano interior de la Unión Europea depende en gran

¹⁰⁵ En aras del buen hacer y al rigor periodístico del medio de comunicación.

¹⁰⁶ Fundamentalmente entre países de la *civil law* y de la *common law*.

¹⁰⁷ ÁLVAREZ RUBIO, J.J, *op. cit.*, pp.129-133.

medida de la consolidación del principio de reconocimiento mutuo, que a su vez, depende de la capacidad de los Estados miembros de garantizar un modelo de protección básico de todos los Derechos Fundamentales dentro del espacio interior¹⁰⁸. Para solventar estas complicaciones en los últimos tiempos desde el Consejo y el Parlamento Europeo se han apoyado los procesos de armonización legislativa en el ámbito de las obligaciones extracontractuales.

La unificación deseada se puede realizar desde un punto de vista conflictual, para los derechos de la personalidad fundamentalmente a través de la inclusión de la privacidad en el ámbito de aplicación material del Reglamento de Roma II, de manera que exista una única norma de conflicto europea que indique que Derecho será de aplicación. No obstante, en aras del ya mencionado reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales de Estados miembros, y en búsqueda de una efectiva tutela de estos derechos que no acabe en resoluciones sin efecto por falta de ejecución, esta armonización se debe abordar también desde un punto de vista material¹⁰⁹. Este proceso consiste en la creación de una normativa básica efectiva y real¹¹⁰, que reglamente la tutela de los derechos de la personalidad, y que en virtud del *principio de primacía de las normas europeas* sea de obligado cumplimiento en los Estados miembros.

El proceso de unificación conflictual presenta muchas dificultades en la práctica ya que entran en juegos diversos intereses, tanto de Estados como de grandes medios de comunicación¹¹¹, de manera que, es necesario encontrar una norma de conflicto europea que se sitúe en el equilibrio de intereses y que no provoque indefensión ni vulnere flagrantemente el *principio de previsibilidad del tribunal competente*. Este propósito, como ya se ha señalado en apartados anteriores, para parte importante de la doctrina se alcanza a través del establecimiento del criterio del Estado de origen. No obstante, si se realiza una armonización de Derecho sustantivo de mínimo que tutele de manera eficaz

¹⁰⁸ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op.cit.*, pp. 313-315.

¹⁰⁹ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Delitos civiles contra el honor en la UE*, (en línea) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5142269> (Consultado el 29 de enero de 2018).

¹¹⁰ Los mínimos establecidos por el CEDH y la jurisprudencia de TEDH para estos supuestos no son eficaces ni suficientes.

¹¹¹ Esta concepción general de medios de comunicación incluye tanto a los tradicionales como a los prestadores de servicios online.

los intereses de los titulares de los derechos de la personalidad la cuestión del criterio de conexión para localizar el Derecho aplicable pasa de elemento fundamental de litigio a ciertamente no tan relevante¹¹². Si todos los Estados miembros cuentan con un sistema básico común en relación con estos derechos, la elección de qué Derecho aplicar no será un tema transcendental pues a grandes rasgos no existiría diferencia entre ordenamientos en referencia a este tema y se evitaría el fenómeno del *libel tourism* a nivel europeo.

En conclusión, la armonización de estos derechos a nivel europeo se ha de abordar tanto a nivel conflictual, como a nivel material, de manera que se cree un estándar común normativo europeo que incluya y reglamente estos derechos como Derechos Fundamentales y los coloque en el justo equilibrio con las libertades de expresión e información. Esta tarea no es sencilla pues existen diversos intereses en juego que el legislador europeo habrá de moderar, pero solo si se realiza se podrá hablar de un espacio judicial europeo común para este ámbito.

¹¹² CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *op.cit.*, pp.320-322.

IX.COMENTARIO SENTENCIA GOOGLE SPAIN. DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET

La revolución que ha significado el auge de Internet como medio de comunicación supone para el mundo jurídico una necesaria mejor regulación de este fenómeno y sus características. Entre los rasgos propios con los que cuenta el medio virtual encontramos el carácter, *a priori*, permanente que tiene la información colgada en la Red. De esta manera, ciertos datos sensibles para el sujeto, pero sin relevancia alguna para la sociedad, pueden ser accesibles en Internet y provocar un potencial perjuicio en relación con la vulneración de los derechos de la personalidad. Esta circunstancia implica que sea necesaria la configuración por parte de las instituciones europeas de la figura del *Derecho al Olvido en Internet*. Fundamentalmente, es el Tribunal de Justicia de la Unión el encargado de realizar esa labor mediante su jurisprudencia.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2014 sobre el asunto *Google Spain*¹¹³ precisa los aspectos básicos del Derecho al olvido europeo en Internet. Esta sentencia tiene por objeto resolver una decisión prejudicial solicitada, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la Audiencia Nacional mediante auto de 27 de febrero de 2012. Dicha cuestión prejudicial presenta dos problemas de interpretación: en primer lugar, los artículos 2, letras b) y d), 4, apartado 1, letras a) y c), 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46/CE¹¹⁴, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y la libre circulación de esos datos, y en segundo lugar, el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta cuestión se presenta en el marco del litigio entre *Google Inc.* y su filial *Google Spain*, la Agencia Española de Protección de Datos y el señor Costeja González.

¹¹³ STJUE (Gran Sala) asunto C-131/12 de 13 de mayo de 2014. *AEPD/Google Spain*.

¹¹⁴ Directiva 95/46/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

El supuesto es el siguiente: El 5 de marzo de 2010, el señor Costeja González, de nacionalidad española y domiciliado en España, presentó dos reclamaciones ante la Agencia Española de Protección de Datos, una contra La Vanguardia Ediciones, S.L., y otra contra Google Spain y Google Inc. Estas reclamaciones declaraban que cuando un internauta introducía el nombre del señor Costeja González en el motor de búsqueda de Google obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico La Vanguardia, en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, que mencionaba el nombre del señor Costeja González. Mediante esta reclamación, se solicitaba, por un lado, la obligación para La Vanguardia de eliminar o modificar la publicación para que no apareciesen esos datos personales, o si esto no fuese posible, utilizar las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para protegerlos. Por otro lado, se solicitaba que Google Spain y a Google Inc. eliminaran u ocultaran esos datos personales para que dejaran de incluirse en los resultados de búsqueda.

La Agencia Española de Protección de Datos desestimó la reclamación en lo referente a La Vanguardia, al considerar que la publicación que ésta había llevado a cabo estaba legalmente justificada, dado que había tenido lugar por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y tenía por objeto dar la máxima publicidad a la subasta para conseguir la mayor concurrencia de licitadores. Sin embargo, si se estimó en lo relacionado con *Google Spain* y *Google Inc.* La Agencia Española de Protección de Datos consideró que los prestadores de servicios online que ofrecen motores de búsqueda están sometidos a la normativa en materia de protección de datos, dado que llevan a cabo un tratamiento de datos del que son responsables y actúan como intermediarios de la sociedad de la información. Así pues, la Agencia consideró que estaba facultada para ordenar la retirada e imposibilitar el acceso a determinados datos por parte de los gestores de motores de búsqueda cuando considere que su localización y difusión puede lesionar los Derechos Fundamentales a la protección de datos y a la privacidad, lo que ocurre cuando terceros tienen acceso a datos personales cuyo titular no quiere que sean revelados.

Ante esta situación, tanto *Google Spain* como *Google Inc.*, interpusieron sendos recursos contra la resolución de la Agencia ante la Audiencia Nacional, que decidió acumularlos. El tribunal expone en el auto de remisión que estos recursos plantean la

cuestión de cuáles son las obligaciones que tienen los gestores de motores de búsqueda en la protección de datos personales de aquellos interesados que no desean que determinada información, publicada en páginas web de terceros, que contiene sus datos personales y permite relacionarles con la misma, sea localizada, indexada y sea puesta a disposición de los internautas de forma indefinida. Considera que la respuesta a esta cuestión depende del modo en que debe interpretarse la Directiva 95/46/CE en el marco de las nuevas tecnologías.

Bajo estas circunstancias la Audiencia Nacional decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, que resuelve en su sentencia de 13 de mayo de 2014. En esta el Tribunal establece una doctrina particularmente protectora de los derechos de la personalidad, y considera aplicable a estos buscadores online la Directiva 95/46/CE. El Tribunal en esta sentencia interpreta la competencia territorial en los litigios contra empresas que prestan servicios en Internet y la responsabilidad de los motores de búsqueda online; en definitiva, precisa el alcance del Derecho al olvido en el medio virtual.

El Tribunal de Justicia, en primer lugar, declara que para las empresas cuya actividad sea ofrecer un motor de búsqueda de información online, la Directiva 95/46/CE tiene que interpretarse de manera que esta actividad sea clasificada como *“tratamiento de datos personales en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contiene datos personales”*. Igualmente, el Tribunal precisa que, *“el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse responsable de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d)”*. Esto supone que este tipo de prestadores de servicios online también sean considerados como profesionales que operan con datos personales y que deberán respetar los imperativos que supone trabajar con este tipo de información.

En segundo lugar, el Tribunal indica que *“el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el sentido de dicha disposición, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de*

espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro”. Esto significa que, en lo referente a la competencia territorial de la Directiva 95/46/CE, esta también resultará de aplicación a pesar de que estos buscadores online tengan su sede social fuera del territorio de la Unión Europea, siempre que cuenten con una filial, agencia o sucursal en territorio de un Estado miembro para incrementar u optimizar el servicio directamente ofrecido.

En tercer lugar, el Tribunal establece que *“los artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellos, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita”*. En este punto, en relación con la responsabilidad de los motores de búsqueda online, el Tribunal configura un principio general que consiste en la obligación de eliminar los datos personales que puedan ser accesibles a partir de la búsqueda del nombre de un sujeto en un buscador online, cuando esta información personal ha sido colgada en Internet por terceros. El Tribunal incluso expresa la obligación de eliminar esos datos sensibles incluso cuando pertenecen a una publicación lícita.

No obstante, el Tribunal también exige que se realice siempre una valoración de la naturaleza de la información que se trate, de lo sensible que sea esta para la preservación de la esfera privada del sujeto, y que se pondere con el interés general o social de conocer esos datos. En la sentencia se recoge que *“estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate”*. De esta manera, en cada caso concreto es necesario

valorar los intereses en juego, de manera que hay que tener en cuenta que siempre que exista un interés general, necesario y legítimo, por presentar esos datos relevancia o utilidad para la sociedad, este interés prevalece sobre la privacidad del sujeto individual.

En conclusión, el Tribunal de Justicia a través de esta sentencia define y configura los elementos del Derecho al olvido en Internet. El Tribunal acepta la existencia de este derecho para el medio virtual y considera al gestor del motor de búsqueda como el responsable legal, además legitima a cualquier sujeto para solicitar la eliminación de sus datos sensibles directamente a Google. El Tribunal configura una protección especial al sujeto en este ámbito al indicar que, *a priori*, los derechos a la vida privada y a la protección de datos prevalecen tanto sobre el interés económico, como sobre el interés social. El Tribunal crea un espacio de protección para la privacidad en Internet, en lo referente a la protección de datos personales, a través de la calificación de este tipo de prestadores de servicios online como responsable de esos datos personales en relación con el cumplimiento de la Directiva 95/46/CE y de la facultad concedida al sujeto particular de poder solicitar directamente a estos gestores de motores de búsqueda la eliminación de los enlaces a esa información¹¹⁵.

¹¹⁵ AZURMENDI, A., *Por un “derecho al olvido” para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional española de 29 de diciembre de 2014 (en línea), <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/14428/12886> (consultado el 30 de enero de 2018).*

X CONCLUSIONES

Primera. Los litigios que tienen por objeto la vulneración de los derechos de la personalidad presentan serias dificultades cuando se elevan al plano internacional. La determinación del tribunal competente, así como la ley que resulta de aplicación y el posterior reconocimiento extraterritorial de la resolución, convierte a este tipo de asuntos en procesos complejos y costosos, donde no siempre se realiza una tutela efectiva de los derechos de la personalidad, incluso cuando nos encontremos en el espacio judicial europeo.

Segunda. Los límites de la privacidad se encuentran delimitados por la organización social y la costumbre de cada territorio. *A priori*, como cualquier otra figura jurídica, sin embargo, las características propias de los derechos de la personalidad y su carácter abstracto provoca que existan multitud de formas de entender la privacidad. De esta manera, a diferencia de los que ocurre con otros Derechos Fundamentales más precisos y concretos, como puede ser el derecho a la vida o la tutela judicial efectiva, los derechos de la personalidad no cuentan con un tratamiento similar entre los ordenamientos europeos modernos. Esta situación conlleva una excesiva dificultad para el reconocimiento de decisiones extranjeras motivada por la disparidad de soluciones recogidas en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. A pesar de la eliminación del exequátur, la posibilidad de invocar el orden público como causa de denegación de reconocimiento se traduce, en la práctica, en el rechazo de numerosas resoluciones extranjeras por no adecuarse a la forma de tutelar la privacidad del Estado miembro receptor.

Tercera. El sistema de competencia judicial internacional establecido en el Reglamento de Bruselas I bis no recoge una norma concreta que regule el supuesto de responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad. Está falta de especialización induce, tanto para obligaciones de carácter contractual como extracontractual, a problemas de interpretación y a la coexistencia de diferentes tesis en relación con el tribunal competente. Estas dificultades se acentúan cuando el medio de difusión elegido es Internet debido fundamentalmente a la forma de organización de los prestadores de servicios *online*, al anonimato y deslocalización, y al alcance

potencialmente mundial que ofrece el entorno virtual. Por todas estas razones, parte de la doctrina considera necesario la creación de unos foros especiales específicos que establezcan de manera efectiva la competencia y prevean el supuesto concreto de vulneración a través de Internet.

Cuarta. La exclusión de la vulneración de los derechos de la personalidad del ámbito de aplicación material del Reglamento de Roma II está motivada fundamentalmente por la falta de acuerdo entre los Estados miembros de un criterio común para establecer la ley aplicable, así como por la presión ejercida por los *lobbys* de los grandes medios de comunicación que tienen muchos intereses en juego. Esta exclusión supone que para establecer bajo qué Derecho se va a litigar se tenga que acudir al sistema de Derecho internacional privado nacional del Estado cuyos tribunales van a conocer el asunto. La coexistencia de 28 normas de conflicto y diferentes técnicas legislativas a este respecto en el seno de la Unión Europea crea un nivel complejidad y de inseguridad jurídica nada deseable en un espacio judicial común. La unificación a nivel conflictual pasa irremediabilmente por la inclusión de estos derechos en el ámbito de aplicación del Reglamento de Roma II, para lo que se deberá realizar un esfuerzo de negociación y cooperación entre los Estados miembros, y un ejercicio de responsabilidad por parte de los grandes medios de comunicación.

Quinta. La unificación material entre Estados miembros puede ser una solución realmente eficiente para eliminar la disparidad de trato y la inseguridad jurídica en esta materia. La promulgación por parte del legislador europeo de un sistema básico europeo de Derecho sustantivo de tutela de la privacidad crearía una situación en la que la determinación tanto del tribunal competente, como del Derecho aplicable dentro de la Unión perdería gran relevancia, de manera que sería indiferente para el resultado litigar en un Estado miembro o en otro. Esta solución acabaría con el fenómeno del *libel tourism*, pues todos los tribunales europeos serán igual de favorables, de igual manera, el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras entre Estados miembros no presentaría impedimento alguno, pues ya no se podría invocar el orden público como causa de denegación.

Sexta. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el asunto *Google Spain* supone la configuración de un *Derecho al olvido en Internet* a nivel

europeo. El Tribunal acepta la existencia de este derecho en el medio virtual e indica que el gestor del motor de búsqueda es el responsable legal del tratamiento de los datos personales enlazados a su servicio web. Asimismo, legitima a cualquier sujeto para solicitar la eliminación de sus datos sensibles directamente al buscador. El Tribunal entiende que, mientras no se presente un interés social legítimo y necesario sobre esos datos personales, prevalece el interés individual de salvaguarda de esa información potencialmente perjudicial.

XI.BIBLIOGRAFÍA

-LIBROS Y REVISTAS

-ÁLVAREZ RUBIO, J.J. (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Navarra, Cizur Menor, 2009.

-AMORES CORANDI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., *Difamación y Roma II*, Anuario Español de Derecho internacional privado, T. VII, 2007, pp. 251-255.

-CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *Litigios Internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Madrid, Dykinson, 2015.

-ESPINAR VICENTE, J.M., *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2008.

-FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Edit. Civitas, 9º Edición, 2016.

-GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coord.), *La Europa de los Derechos. EL Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 487-507.

-JIMÉNEZ BLANCO, P., *Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2011, T. XI, 2011, pp. 128-131.

-MIGUEL DE ASENSIO, P.A., *Derecho privado en Internet*, Madrid, Civitas, 5º Edición, 2015.

-MIGUEL DE ASENSIO, P.A. *El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia*, en Entre Bruselas y La Haya (Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado – Liber amicorum Alegría Borrás), Marcial Pons, Madrid, 2013.

-REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, Segunda Edición, 2005.

-VIRGOS SORIANO, M., GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal Civil Internacional, Litigación Internacional*, Madrid, Civitas, Segunda Edición, 2007.

-RECURSOS ELECTRÓNICOS

-ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Delitos civiles contra el honor en la UE*, (en línea), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5142269>

-AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., *XI Tesis sobre el Estatuto Delictual*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI), nº 8, 2014, (en línea), <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/xi-tesis-sobre-estatuto-delictual>

- GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (I)*, en *Derecho Internacional Privado*, (en línea), <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I89e19f1062e311e38091010000000000&srguid=i0ad6adc5000001616bbdf028d433fc3f&src=withinResuts&spos=3&epos=3&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum>

-AZURMENDI, A., *Por un “derecho al olvido” para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional española de 29 de diciembre de 2014* (en línea), <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/14428/12886>

-SOLER PRESAS, A., *Am I in Facebook, Sobre la responsabilidad de las redes sociales online por intromisión en la privacidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto* (en línea),

<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/7018>.

-TORRALBA MENDIOLA, E., *La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? Perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo*, InDret 1/2012, pp. 29-33, (en línea),

http://www.indret.com/pdf/880_es.pdf.

-LORENTE MARTÍNEZ, I., *Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales* (en línea),

http://www.academia.edu/11718926/LUGAR_DEL_HECHO_DA%C3%91OSO_Y_OBLIGACIONES_EXTRACONTRACTUALES.LA_STJUE_DE_25_DE_OCTUBRE_DE_2011_Y_EL_COSTE_DE_LA_LITIGACI%C3%93N_INTERNACIONAL_EN_INTERNET.

-Securing the Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage Act., de 10 de Agosto de 2010, (en línea),

<https://www.congress.gov/111/plaws/publ223/PLAW-111publ223.pdf>

-Condiciones de Facebook (<https://www.facebook.com/terms.php?ref=p>) y de Twitter (<https://www.twitter.com/tos>)